

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Gresiéli Taíse Ficanha

**POSSIBILIDADES E LIMITES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA
DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Curitiba
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Gresiéli Taíse Ficanha

**POSSIBILIDADES E LIMITES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA
DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Monografia apresentada no curso de graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Curitiba
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a meu orientador, Professor Pós-Doutor Elton Venturi, exemplo de profissional, que despertou meu interesse pelas ações coletivas.

Agradeço também a Vivianéli Araújo Prestes e Elisa Ramos Schreiber, pelas revisões do texto.

Ainda, é chegada a hora de reconhecer que esta monografia não se fez apenas com estudos e pesquisa, nem apenas por aqueles diretamente envolvidos com a sua elaboração, mas com paciência e compreensão de todos os amigos e familiares que souberam respeitar os momentos de isolamento e concentração.

Agradecimento especial merecem Edson Luíz, Lurdes e Gabriéli Regina Ficanha e Cristian Emilio Stocker, que souberam habilidosamente combinar o respeito pelos momentos de ausência com a exigência da companhia quando a redação já não era tão produtiva.

RESUMO

A antecipação de tutela é instituto fundamental para a adequada e tempestiva tutela de direitos, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional. No âmbito das ações coletivas, o instituto ganha ainda maior relevo na medida em que os direitos envolvidos têm abrangência e interesse social. A matéria se torna um pouco mais complexa quando se trata dos direitos individuais homogêneos. Tais direitos são substancialmente direitos individuais em relação aos quais se permite tutela conjunta em função da homogeneidade de tratamento que devem receber devido à sua origem comum. Sua veiculação judicial conjunta é feita através da ação civil pública, cujos legitimados ativos são previamente estabelecidos pelo legislador (art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor), de modo que os reais titulares dos direitos, a princípio, não participam diretamente do processo. Em razão das peculiaridades desse tipo de tutela, discute-se sobre a possibilidade de o legitimado ativo coletivo pleitear a efetivação do provimento antecipatório, já que se afirma que a legitimação seria apenas para o processo de conhecimento, e requerer a realização prática de um direito que, não raro, é disponível a seu titular. Assim, busca-se analisar a necessidade de se observar a autonomia da vontade do titular do direito material naquelas demandas que lhe afetam sem que tenha fornecido autorização para tanto. Ainda, o presente trabalho pretende verificar a quem pertence a responsabilidade pelos danos eventualmente causados com a efetivação da liminar no caso de ela ser revogada ao final da demanda.

Palavras-chaves: ações coletivas, antecipação de tutela, direitos individuais homogêneos, efetivação de direitos, tutela coletiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

LACP – Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85)

LAP – Lei da Ação Popular (nº 4.717/65)

PLS nº 166/2010 – Projeto de Lei do Senado nº 166/2010

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TUTELA ANTECIPADA	12
2.1 HISTÓRICO	12
2.1.1 O rito ordinário	12
2.1.2 As cautelares satisfativas	13
2.2 A TUTELA ANTECIPADA EM AÇÕES INDIVIDUAIS	15
2.2.1. Hipóteses do art. 273 do Código de Processo Civil	17
2.2.2. Antecipação de tutelas específicas	19
2.2.3. Fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias e o Projeto de Lei 166/2010 (novo Código de Processo Civil)	21
2.2.4 Possibilidades e limites do pedido de antecipação de tutela	22
2.3 EXECUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	26
2.4 DANOS DECORRENTES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	28
3 TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	31
3.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO	31
3.2 DEFESA PROCESSUAL	35
3.2.1 Legitimidade ativa coletiva	35
3.2.1.1 (In)disponibilidade do direito individual	39
3.2.1.2 Legitimação individual para ações coletivas	41
3.2.1.3 Representatividade adequada	43
3.3 SENTENÇA	48
3.3.1 Condenação genérica	48
3.3.2 Possibilidade de outras eficácias (declaratória, constitutiva, mandamental e executiva <i>lato sensu</i>) e interferência empírica em interesse disponível ao titular do direito individual homogêneo	50
4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM RELAÇÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	54
4.1 DISPOSITIVOS LEGAIS APLICÁVEIS	54
4.1.1 O tratamento específico da Lei da Ação Civil Pública	54
4.1.2 O art. 273 do Código de Processo Civil	56
4.1.3 Sistematização com o Código de Defesa do Consumidor – obrigações de fazer e de não fazer	58
4.1.4 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – obrigações de entregar coisa	60
4.2 ASPECTOS ESPECÍFICOS	61
4.2.1 Requisitos	61

4.2.2 Legitimidade e interesse processual	63
4.2.3 Possibilidade de antecipar a tutela final de ofício	65
4.2.4 Limites e efetivação da antecipação de tutela	68
4.2.4.1 Eficácias declaratória e constitutiva	69
4.2.4.2 Eficácia condenatória	70
4.2.4.3 Eficácias mandamental e executiva	72
4.2.4.4 <i>Astreintes</i>	73
4.3 SUSPENSÃO DE LIMINAR CONCEDIDA CONTRA O PODER PÚBLICO	75
4.4 AUTONOMIA DA VONTADE DO TITULAR DO DIREITO SUBJETIVO	77
4.5 DANOS DECORRENTES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA EM PROCESSOS COLETIVOS	81
4.5.1 Exigência de caução	81
4.5.2 Responsabilidade pelos danos causados com a efetivação da tutela antecipada posteriormente revogada	82
5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	86
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

1 INTRODUÇÃO

Uma vez que a autotutela é, de regra, proibida pelo Estado, pertinente se mostra o estudo da eficiência do ente estatal em sua tarefa de tutelar os direitos, cujo grau de efetivação deve ser suficiente para justificar o abandono da justiça privada em prol de um órgão que se responsabilize pela pacificação social.

A tutela dos direitos, considerada no aspecto da efetividade, envolve a análise não apenas dos interesses substanciais juridicamente protegidos pela lei material, mas também, e principalmente, a dos meios técnicos e dos instrumentos disponíveis aptos a tutelá-los.¹ Considera-se, dessa forma, o caráter instrumental do processo em relação aos direitos,² sem o qual eles não podem ser lícitamente efetivados – devido ao monopólio da jurisdição por parte do Estado. Além disso, são os meios reconhecidos pelo ordenamento que limitam as pretensões passíveis de serem requeridas pelos sujeitos de direito.³

Tendo em vista a necessidade da jurisdição e do processo – como meio inerente àquela –, José Carlos Barbosa Moreira, há quase trinta anos, elencou cinco elementos essenciais como “programa básico” para a efetividade: (i) instrumentos de tutela adequados (ii) praticamente utilizáveis, (iii) reconstituição dos fatos relevantes para que o convencimento do juiz se aproxime ao máximo da realidade, (iv) concessão à parte de possibilidades de gozo pleno dos direitos conferidos pela lei com (v) o mínimo de gastos de tempo e energia possível.⁴ Assim, não basta pensar em efetividade jurisdicional apenas como sinônimo de realização fática da tutela concedida, devendo-se incluir a noção de celeridade e tempestividade processual.⁵

¹ TESSLER, Luciane Gonçalves. O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, p. 161.

² Segundo Marinoni, “as formas de tutela dos direitos constituem um atributo indispensável à própria existência do direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, p. 26)

³ Segundo Adolfo di Majo, “Il merito (...) [da análise econômica do direito] è di evidenziare come non esistono astratte posizioni soggettive ma posizioni concretamente conformate dai rimedi messi a disposizione dei soggetti.” (Tradução livre: “O mérito da análise econômica do direito é evidenciar como não existem posições subjetivas abstratas, mas posições concretamente conformadas pelos remédios colocados à disposição dos sujeitos.”) (MAJO, Adolfo di. *Tutela (dirito privato)*, p. 371).

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual, p. 168.

⁵ LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil, p. 135.

É necessário que a resposta jurisdicional ocorra em um prazo razoável a fim de que o tempo exigido pelo processo, ou seja, pelo Estado, para verificação e conhecimento da situação *sub judice* não impeça um resultado concretamente útil. É tendo em vista a necessidade de correspondência da tutela aos casos reais – e o tempo exigido para sua prestação – que se fala em cognição horizontal e vertical. Em relação à primeira, o juiz pode ser impedido de conhecer questões reservadas, quando a cognição é parcial – caso contrário, será plena. Na cognição vertical, por sua vez, quando não é exigida a cognição exauriente, o juiz tem a possibilidade de julgar com base em verossimilhança, diferenciando-se, então, a cognição sumária e a superficial pelo material probatório disponível no momento da prolação da decisão – que é maior na sumária.⁶ Com a combinação dessas técnicas, o legislador pode criar vários procedimentos, tentando adequá-los ao máximo às situações subjetivas.⁷

Desse modo, relevante se faz analisar os mecanismos processuais dispostos na legislação que permitem a tutela adequada dos direitos, principalmente no que se refere à sua efetividade e tempestividade, em observância às situações de urgência que reclamam a atenção estatal, e não poderiam deixar de fazê-lo, no que se destaca o instituto da tutela antecipada, a ser analisado no presente trabalho.

Tal técnica processual tem em vista a realização, na maior medida possível, do direito de acesso à justiça, garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV), o qual não se limita judicialmente ao direito a uma sentença de mérito,⁸ envolvendo também todas as técnicas e meios necessários para realizar o direito material.⁹ A aplicabilidade imediata dessa garantia estaria comprometida caso o requerimento, embora procedente, tivesse sua efetividade impedida pelos obstáculos impostos pelo próprio Estado que reconheceu o direito do requerente e garantiu o acesso à justiça como direito fundamental.

Essa questão a respeito da tutela de direitos ganha ainda maior relevo quando, para além dos direitos de sujeitos individualmente considerados, os interesses juridicamente protegidos ameaçados ou violados pertencem a uma

⁶ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 31.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 19

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, p. 86.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 71

coletividade, tendo em vista sua importância para o desenvolvimento da sociedade. Nesse aspecto, há os chamados direitos coletivos *lato sensu*, que abrangeram, até 1990, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, os quais reclamam uma proteção diferenciada por conta de seu caráter metaindividual, exigindo a mesma efetividade temporalmente adequada que se busca dar aos direitos individuais.

Esses direitos coletivos, a par de garantirem à sociedade o acolhimento na ordem jurídica de interesses que não têm um titular determinado, com o passar dos anos, permitiram, por uma ficção jurídica, que direitos individuais pudessem ser coletivamente veiculados no Judiciário, em prol de decisões homogêneas sobre questões socialmente relevantes. Isso fez com que se incluísse também a categoria dos direitos individuais homogêneos no gênero dos direitos coletivos *lato sensu* anteriormente mencionado, através da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Assim, ao lado da efetividade e do tempo do processo, necessário atentar para o desenvolvimento da sociedade, que reclama meios processuais adaptados às suas necessidades individuais e sociais, a fim de que os instrumentos processuais possam fazer face a essas demandas.¹⁰

Uma vez que os direitos metaindividuais não possuem titularidade determinada, o legislador estabeleceu previamente os legitimados ativos para pleitearem sua tutela através do Poder Judiciário. No entanto, essa questão é ainda controvertida na doutrina, como veremos adiante, sendo ainda mais delicada em relação aos direitos individuais homogêneos. Nesse caso, direitos tipicamente individuais serão objeto de uma ação cujo autor é legitimado pelo legislador independentemente da vontade dos titulares.

Como representante dos titulares do direito individual homogêneo, o legitimado ativo pode requerer a antecipação da tutela jurisdicional a fim de proteger com maior efetividade os direitos em litígio. Contudo, questiona-se se essa possibilidade pode ser absoluta, já que os direitos são tipicamente individuais e, não raro, disponíveis. Além disso, outra questão relevante a ser analisada em relação às ações coletivas é a responsabilidade objetiva do beneficiário pela antecipação de tutela, em caso de a medida gerar danos e ser posteriormente revogada.

¹⁰ Conforme Adolfo di Majo, a tutela dos direitos se liga ao processo por um fio duplo, já que ele é instrumento para o indivíduo exercer e realizar seu direito privado e meio de reintegração e atualização do direito objetivo, o que caracteriza sua função pública (MAJO, A. *Op. cit.*, p. 362).

Partindo das linhas gerais expostas acima, o presente trabalho pretende analisá-las mais detalhadamente, sem pretensão de abordar o tema por completo, devido ao espaço disponível, ou alcançar uma solução definitiva para a questão. Primeiramente, será tratado a respeito do instituto da tutela antecipada em ações individuais, seguindo-se, então, para as ações coletivas e, posteriormente, suas implicações especificamente em relação aos direitos individuais homogêneos.

2 TUTELA ANTECIPADA

2.1 HISTÓRICO

2.1.1 O rito ordinário

O procedimento padrão adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 (CPC) é baseado no rito ordinário elaborado no continente europeu – sob as influências, principalmente, do iluminismo, do liberalismo e da Revolução Francesa -, o qual atendia aos anseios daquela sociedade, espacial e cronologicamente determinada.¹¹

A ideologia iluminista, ao afirmar que a lei era fruto da razão, e não da vontade do soberano, transformou o juiz na boca da lei, num servidor público neutro sem atividade criativa, a fim de evitar o arbítrio e garantir a liberdade civil, de modo que o magistrado não poderia julgar com base em juízo subjetivo de verossimilhança.¹² Dessa forma o juiz, imparcial, ficava impedido de alterar a realidade social durante o processo de cognição, já que somente poderia dizer o direito ao final desse procedimento, não interessando aos sujeitos um juízo de plausibilidade passível de ser afirmado provisoriamente em sede de liminar. Sob a influência do liberalismo capitalista, a civilização industrial exigia juízos definitivos baseados em certeza, valorizando a segurança jurídica e recusando qualquer forma de probabilidade.¹³

Com um procedimento aplicável a todas as pessoas e situações, indistintamente, destinado apenas a conhecer o caso concreto, buscou-se alcançar a igualdade formal tão desejada pelos revolucionários europeus do século XVIII. Através dessa técnica, os atos de execução foram rigidamente separados do processo de conhecimento, já que somente seriam realizados quando exaurida a

¹¹ SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, p. 113-116.

¹² MARINONI, L. G. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 4.

¹³ SILVA, O. A. B. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 91.

cognição e, com base em certeza,¹⁴ prolatada a sentença definitiva, o que deu origem ao princípio da *nulla executio sine titulo*. Assim, a formação do título executivo estava ligada diretamente ao trânsito em julgado de uma decisão baseada em certeza, já que pressupunha a verdade.¹⁵

Soma-se a isso a ligação entre o rito ordinário e as demandas plenárias, consolidada por Giuseppe Chiovenda, que concebeu um procedimento amplo, com máximas garantias às partes, o que contribuiu para a afirmação do processo civil como ciência autônoma, separando-o do direito material.¹⁶

A ordinarização do processo, aceita pelo ordenamento pátrio, traz os benefícios de permitir uma cognição plena e exauriente, possibilitando um “alcance dialético e supostamente ensejador de uma decisão mais completa e mais justa”.¹⁷ Contudo, a preocupação apenas com aspectos formais deixou de corresponder à justiça material reclamada pela sociedade, que passou a se desvencilhar do procedimento comum ordinário através da busca de instrumentos processuais adequados às suas pretensões.¹⁸

Essa “dessincronia” foi o motivo pelo qual houve ampliação da finalidade do processo cautelar, apto a veicular cognição e execução, para a adequada e tempestiva proteção das garantias prometidas pelo direito material.

2.1.2 As cautelares satisfativas

O procedimento ordinário se tornou anacrônico com o passar do tempo devido às alterações sociais – desprezadas até então –, principalmente após a

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil, p. 14.

¹⁵ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁶ *Apud* SILVA, O. A. B. *Op. cit.*, p. 147-148.

¹⁷ FUX, Luís. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 31.

¹⁸ Conforme Vincenzo Vigoriti, “L’único fenomeno davvero generale (...) è il rifiuto del processo civile come strumento privilegiato di decisione delle controversie civili. L’espressione rifiuto è volutamente forte: comunica sfiducia e frustrazione verso lo strumento tipico di decisione delle controversie, sentito come inadeguato e non concludente.” (tradução livre: “O único fenômeno realmente geral (...) é o descarte do processo civil como instrumento privilegiado de decisão das controvérsias civis. A expressão descarte é voluntariamente forte: denota desconfiança e frustração a respeito do instrumento típico de decisão das controvérsias, sentido como inadequado e inconclusivo.”). VIGORITI, Vincenzo. *Il rifiuto del processo civile*, p. 41.

Segunda Guerra Mundial,¹⁹ com a sociedade urbana de massas e a existência de situações de urgência.

Devido à inexistência de instrumentos processuais aptos a atender as exigências materiais, houve um alargamento da função do processo cautelar, originalmente previsto apenas como meio de assegurar, e não realizar, a possibilidade de efetivação prática da decisão final do processo principal que lhe seguiria.²⁰ Uma vez que o magistrado não pode se furtar ao julgamento de um caso por ausência de previsão legal que permita a subsunção exata do fato,²¹ foi aceita pela jurisprudência a utilização desse instrumento processual como “autêntica ‘válvula de escape’ para (...) sumarização do processo de conhecimento”,²² admitindo, contemporaneamente, cognição e execução de um direito apenas aparente com base em um juízo de verossimilhança a fim de garantir a tempestividade da tutela.²³

Assim, através do processo cautelar, os indivíduos buscaram remédios para a tutela de direitos em situação de urgência com restrição da cognição, ou seja, baseados apenas em probabilidade – o que era inviável, até então, em uma ação judicial que seguisse o rito ordinário.²⁴

Isso comprova que as situações fáticas exigem uma resposta processual que efetive adequada e tempestivamente os direitos reconhecidos e prometidos pela lei material,²⁵ de modo que o magistrado não pode se pretender servidor público que presta serviços estritamente burocráticos sem responsabilidade social, mas, ao contrário, tem o dever de tornar efetivo o direito institucionalizado no ordenamento, ainda que inexistente técnica expressamente disciplinada.

¹⁹ SILVA, O. A. B. *Op. cit.*, p. 114.

²⁰ FUX, L. *Op. cit.*, p. 44.

²¹ FUX, L. *Idem*, p. 49-55.

²² MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 199.

²³ Conforme Piero Calamandrei, “o procedimento cautelar, em lugar de um *tertium genus* contraposto aos procedimentos de cognição e àqueles de execução forçada, tem ele mesmo as características gerais de um procedimento de conhecimento, passível de execução forçada.” (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*, p. 97.)

²⁴ SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, p. 25.

²⁵ Fato identificado por alguns autores como princípio da adequação. Nesse sentido, LACERDA, Galeno. *Tutela antecipatória e tutela interdita*, p. 188.

Com o escopo de manter o rigor técnico próprio das ciências e sistematizar institutos que permitiam a efetividade do processo, considerando a “desnecessária duplicação de procedimentos (...) [e a] impossibilidade da realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo”,²⁶ o legislador quis afastar do processo cautelar as tutelas que não eram consideradas propriamente cautelares, disciplinando o instituto da tutela antecipada, de forma genérica, no art. 273 do CPC, através da Lei 8.952/94, que acabou por relativizar o princípio da *nulla executio sine titulo* que informa o processo ordinário tradicional.

2.2 A TUTELA ANTECIPADA EM AÇÕES INDIVIDUAIS

A alteração do CPC através da Lei 8.952/94, em relação ao processo de conhecimento e ao cautelar, trouxe disciplina própria à antecipação de tutela veiculada antes através de “cautelares satisfativas”. Conforme afirma Vincenzo Vigoriti, “o que mais importa é que não são apenas os particulares a se empenhar na procura de alternativas para o processo, mas também o legislador, com todos os meios possíveis, a promovê-los e encorajar sua utilização”.²⁷

A ordinarização do processo apenas mantinha em um plano processual a desigualdade material entre os litigantes por inadmitir atos de execução concomitantes ao conhecimento da causa, mantendo o *status quo* durante todo o trâmite processual. Ora, uma vez que o processo deve ser um instrumento ético, que não impõe danos à parte que provavelmente tem razão, é necessário haver uma técnica de antecipação dos efeitos da tutela definitiva, ainda que após, em uma cognição exauriente, chegue-se a conclusão contrária àquela sumária, vez que “o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo”.²⁸

²⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 200.

²⁷ No original: “Ma quello che più releva è che non sono solo i privati ad impegnarsi nella ricerca di alternative al provesso, ma è anche il legislatore, com tutti i mezzi possibili, a promuoverle ed incoraggiare l'utilizzazione, con un ateggiamento impensabile solo qualche anno fa.” VIGORITI, V. *Op. cit.*, p. 46.

²⁸ MARINONI, L. G. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 22.

Dessa forma, a antecipação dos efeitos prováveis da decisão final de mérito, além de introduzir um tratamento processual mais isonômico ao distribuir o ônus do tempo do processo, faz com que a tutela prometida pelo Estado seja prestada com celeridade, em nome da efetividade dos direitos e da tempestividade de sua satisfação, ambos corolários do princípio do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa e da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV).²⁹

É justamente porque o Estado retira dos sujeitos a possibilidade de autotutela, vedando que as partes decidam a respeito de seu direito material, que ele não pode olvidar o caso concreto, o qual se comprometeu a tutelar, de modo que o princípio da efetividade, além de diretiva para o legislador, é um princípio de interpretação e uma regra *in procedendo*³⁰ que permite ao juiz autorizar a satisfação de um direito com base apenas em aparência.

Assim, pode-se concluir que a tutela provisória, sendo necessária para a efetividade da atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado, torna-se um direito subjetivo do jurisdicionado.³¹

A realização prática de alguns – ou todos – os efeitos requeridos pelo autor como tutela final de mérito diferencia a tutela antecipada da cautelar, motivo pelo qual a antecipação não pode ser definida a partir da característica da instrumentalidade em relação a outro processo, ou mesmo ao direito material, nos moldes como ocorre com a cautelar. Uma vez que se satisfaz, no plano fático, o direito do autor, ainda que sem a formação da coisa julgada material, e que o provimento coincide, ao menos em parte, com a tutela de mérito,³² pode-se dizer, com Piero Calamandrei, que a tutela antecipada objetiva evitar, no mesmo processo, a tardividade do provimento final, ao passo que tutela cautelar visa possibilitar a frutuosidade do provimento a ser proferido na ação principal.³³

Expostos alguns aspectos gerais, cabe tratar do instituto mais detalhadamente.

²⁹ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*, p. 133.

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 10.

³¹ MARINONI, L. G. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 39.

³² MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 206.

³³ *Apud* SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, p. 83.

2.2.1. Hipóteses do art. 273 do Código de Processo Civil

Os provimentos antecipatórios previstos no art. 273 do CPC correspondem à generalização da possibilidade de antecipação dos efeitos da decisão final anteriormente prevista apenas em relação a alguns procedimentos especiais.³⁴ O *caput* do dispositivo exige prova inequívoca do direito e que o juiz se convença da verossimilhança da alegação, relativamente à matéria de fato e à norma invocada para a produção dos efeitos pretendidos,³⁵ o que se traduz como a “‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, *entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.*”³⁶ Tais requisitos, juntamente com a necessidade de requerimento pela parte, compõem os pressupostos processuais da antecipação da tutela.³⁷

Vale lembrar que, conforme Alcides Alberto Munhoz da Cunha, não se trata de uma única forma de tutela antecipada, mas de tutelas diferenciadas de acordo com a fundamentação para a antecipação.³⁸ Assim, a antecipação pode ser baseada em “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I), “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II) ou parte incontroversa da demanda (§ 6º), sendo que a verossimilhança é diferente em cada uma das hipóteses.

A eminência de um perigo ao direito (inciso I), do qual se afirma titular o autor, justifica a restrição da cognição em sentido vertical, mas, ao mesmo tempo, coloca em conflito os princípios do contraditório e da tempestividade da tutela jurisdicional, garantidos no art. 5º, LV e LXXVIII, da Constituição Federal. Essa tensão deve ser solucionada através da máxima da proporcionalidade, realizando cada princípio no máximo grau possível diante da situação concreta. No caso, o magistrado deve

³⁴ Como nas ações possessórias e monitórias (arts. 928 e 1.102-B do CPC).

³⁵ CARNEIRO, A. G. *Op. cit.*, p. 26.

³⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 212. Destaque no original. Outro posicionamento adota José Carlos Barbosa Moreira, quem entende que prova inequívoca é aquela que apenas em um sentido se pode entender (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*, p. 78-81)

³⁷ FUX, L. *Op. cit.*, p. 348-349.

³⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e Antecipações – Dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela*, p. 234.

considerar a verossimilhança do direito alegado pelo autor, o perigo que lhe acomete e o risco de postecipar o contraditório.

A discussão também deve ser desenvolvida dentro da perspectiva do princípio do devido processo legal, garantido no art. 5º, LIV, do texto constitucional, amplo o suficiente para abranger todas as garantias processuais, envolvendo não apenas os litigantes, mas todo o aparato jurisdicional.³⁹

Considerando o tratamento isonômico a ser conferido às partes e a distribuição do tempo durante o processo, a tutela pode ser antecipada não apenas quando haja receio de dano ao direito objeto do litígio, mas também quando o réu abusa de seu direito de defesa ou pratica atos protelatórios, hipótese contemplada no inciso II do art. 273 do CPC.

Essa modalidade de antecipação, além dos requisitos do *caput*, já mencionados, exige o abuso do exercício do direito de defesa do réu⁴⁰ ou seu manifesto propósito protelatório, tendo por base também a evidência do direito do autor⁴¹ e considerando que “o tempo do processo deve ser suportado pela parte que tem necessidade da instrução da causa”.⁴²

Para Cassio Scapinella Bueno, o instituto assume, aqui, a natureza de uma punição para o réu que abusou do seu direito de defesa.⁴³ Embora a antecipação, nesse caso, não tenha exatamente a finalidade de sancionar um dos litigantes, mas, ao contrário, acelerar a realização prática dos efeitos solicitados pelo autor em nome da efetividade da prestação jurisdicional, ela acaba se caracterizando, conforme Teori Albino Zavascki,⁴⁴ por uma função pedagógica ao evitar que o réu protele indevidamente o processo e a realização do direito do autor e, conseqüentemente, aumente os custos administrativos e processuais.⁴⁵ Essa situação pode prejudicar a qualidade do serviço do juiz, uma vez que a investigação e a resposta jurisdicional

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 686

⁴⁰ Tecnicamente, não há abuso de um direito, mas apenas de seu exercício. Neste trabalho, optamos por manter a redação utilizada pelo CPC, ressalvada essa observação.

⁴¹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 233.

⁴² MARINONI, L. G. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 35. Destaque no original.

⁴³ BUENO, C. S. *Tutela antecipada*, p. 52.

⁴⁴ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*, p. 74-75.

⁴⁵ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 28-30.

se afastam temporalmente do fato, e também inibe o acesso à justiça, já que a lentidão conduz a um descrédito no Judiciário e, até mesmo, a sua deslegitimação.⁴⁶

Uma vez que a tutela pode ser antecipada em caso de receio de dano e em caso de abuso de defesa, com ainda maior razão pode sê-lo quando o direito do autor se mostrar incontroverso. O §6º do art. 273 cuida de uma terceira modalidade de tutela antecipada,⁴⁷ baseada não mais em cognição sumária, mas em cognição exauriente, vez que as partes não mais contendem sobre parcela da lide.

Conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, não é lógico que o autor seja incentivado a cumular pedidos, em vista da economia processual, e tenha, ao mesmo tempo, que esperar a instrução probatória de todos eles para que aquele que é incontroverso possa ser efetivado.⁴⁸ Dessa forma, há a possibilidade de antecipação dos efeitos quando parcela do direito alegado pelo autor puder ser verificada de plano e não precisar de dilação probatória ou quando as provas produzidas forem suficientes para o convencimento do juiz com base em cognição exauriente a respeito de parcela da demanda. É nesse sentido que se diz que o § 6º do art. 273 do CPC é a base para a tutela dos *direitos evidentes*.⁴⁹

2.2.2. Antecipação de tutelas específicas

Ao lado do regramento da antecipação da tutela feito pelo artigo 273, embora já seja genérico e aplicável a todos os processos, os artigos 461, §3º, e 461-A, §3º, todos do CPC, tratam do instituto estabelecendo expressamente a possibilidade de sua aplicação em relação a tutelas específicas – obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa –, afastando-se o que for incompatível.⁵⁰

⁴⁶ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 29-30.

⁴⁷ CUNHA, A. A. M. da. *Op. cit.*, p. 237. No mesmo sentido, BUENO, C. S. *Tutela antecipada*, p. 52-53.

⁴⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 235.

⁴⁹ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 286.

⁵⁰ Nesse sentido, Eduardo Talamini defende que a irreversibilidade, inviabilizadora da antecipação da tutela no art. 273, §2º, estaria sempre configurada nos casos em que há uma obrigação de fazer a ser efetivada pelo réu, motivo pelo qual o dispositivo não seria aplicável aos arts.

Aspecto relevante destes últimos dispositivos consiste, além de evitar a conversão da obrigação em perdas e danos, priorizando seu cumprimento específico, na ampliação dos poderes do juiz em vista da efetivação das tutelas mandamentais e executivas, atribuindo-lhe competência para, de ofício, determinar o meio mais eficaz para a realização da decisão jurisdicional (art. 461, §§ 4º e 5º).

Em relação aos requisitos para a antecipação da tutela, o artigo 461, §3º, menciona a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, enquanto que o art. 273 trata da prova inequívoca, da verossimilhança da alegação (*caput*) e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I). Em que pese a utilização de termos diversos, seu significado é equivalente,⁵¹ de modo que não se trata de uma técnica processual diferente, afinal, seu escopo é o de antecipar os efeitos do provimento final diante de uma situação de urgência.

Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, o que dita o maior ou menor grau de plausibilidade necessário para a concessão de uma liminar é a situação concreta, não sendo possível ao legislador determinar essa questão previamente.⁵² Assim, não é a gravidade do dano a ser causado para o réu que informa o grau de verossimilhança necessário – seja em relação à tutela antecipada dos arts. 273 e 461, seja em relação às liminares cautelares –, já que o prejuízo do réu pode ser considerável em uma ou em outra medida, mas a necessidade do autor em obter um provimento antes do fim do processo.⁵³

Desse modo, conquanto as expressões utilizadas no art. 461, §3º, sejam diversas das do art. 273, trata-se da mesma técnica processual de antecipação da tutela, com requisitos substancialmente idênticos, o que atesta a possibilidade de comunicação entre os regramentos,⁵⁴ de forma a permitir, por exemplo, que no caso de ações que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa seja possível a antecipação fundada em abuso do direito de defesa do réu ou parte

461 e 461-A. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*, p. 352.

⁵¹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*, p. 122-123.

⁵² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, p. 28.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 74.

⁵⁴ TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 356.

incontroversa da demanda (art. 273, II e §6º), ou que a antecipação do art. 273 ocorra *inaudita altera parte* ou após justificação prévia do réu (art. 461, §3º).

2.2.3. Fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias e o Projeto de Lei 166/2010 (novo Código de Processo Civil)

Por fim, vale ainda mencionar, que o § 7º do art. 273 do CPC trouxe o princípio da fungibilidade entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar. O dispositivo, literalmente interpretado, conduz à ideia de que apenas a tutela cautelar pode ser concedida no caso de ter sido pedida a tutela antecipatória. No entanto, conforme defende parte considerável da doutrina⁵⁵ e da jurisprudência,⁵⁶ trata-se de uma via de mão dupla, vez que a antecipatória também pode ser efetivada quando é requerida a cautelar.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart acrescentam que, da mesma forma que em relação aos recursos não se permite erro grosseiro, a fungibilidade das tutelas não permite a identificação entre a antecipação e a tutela cautelar, mas apenas um tratamento mais brando para os casos em que há dúvida razoável a respeito da natureza da tutela urgente.⁵⁷ Assim, não haveria uma similitude que permitisse afirmar que o Livro III do Código de Processo Civil (Do Processo Cautelar) serve apenas para regular o procedimento e as cautelares nominadas. Ao contrário, os institutos, que foram historicamente diferenciados, continuariam com suas peculiaridades.

Alargando essa linha de entendimento e acompanhando o entendimento de parte da doutrina,⁵⁸ o projeto do novo Código de Processo Civil deixa de tratar a tutela cautelar e a antecipatória distintamente. No Projeto de Lei do Senado (PLS) nº

⁵⁵ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 60; BUENO, C. S. *Tutela antecipada*, p. 145.

⁵⁶ STJ, REsp 1150334/MG, Terceira Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 19/10/2010; REsp 900064/RS, Segunda Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03/08/2010.

⁵⁷ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 229. Em sentido contrário: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 471.

⁵⁸ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 59; TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 356; FABRÍCIO, A. F. *Op. cit.*, p. 27.

166/2010, o agrupamento de institutos similares, nesta área, é feito com base na urgência e na evidência, conforme proposto por Luiz Fux.⁵⁹ Isso porque se, inicialmente, a tutela de urgência era dividida entre as cautelares (urgência em proteger a possibilidade de realização fática do direito em um momento posterior) e as antecipatórias (urgência em realizar o direito), a introdução da técnica de antecipação de direitos evidentes trouxe uma nova perspectiva, passível de ser incluída nas hipóteses de provimentos liminares.

Conforme a exposição de motivos do PLS 166/2010, considerou-se conveniente dar mais ênfase à possibilidade de antecipação da tutela nos casos “em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva”⁶⁰ – tutela da evidência. A par disso, o Projeto de Lei estabelece que caso a parte contrária não impugne a liminar concedida e efetivada, seja ela antecipatória ou cautelar, a decisão se torna estável ao ponto de permitir a extinção do processo, embora não se possa afirmar que houve a formação de coisa julgada.⁶¹

Para alguns autores, não se trata de uma revolução, mas de um aprimoramento das inovações do atual Código a fim de sistematizá-las de forma mais abrangente.⁶²

De todo modo, eventual alteração legislativa nesse sentido não prejudica a matéria abordada neste trabalho, já que as hipóteses de antecipação de tutela conservam-se essencialmente as mesmas.⁶³

2.2.4 Possibilidades e limites do pedido de antecipação de tutela

No âmbito da tutela antecipada das ações individuais, tendo em vista sua comparação posterior com a das ações coletivas, é relevante analisar suas possibilidades e limites, bem como a legitimidade para o requerimento. Isso porque

⁵⁹ FUX, L. *Op. cit.*

⁶⁰ Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. fl. 248. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em 26/01/2012.

⁶¹ Art. 288, §2º do PLS 166/2010.

⁶² *Escritório Arruda Alvim*. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil.

⁶³ Vide arts. 283 e 285 do PLS 166/2010.

se antecipam os efeitos da sentença, a qual, pelo princípio da demanda, está intimamente ligada ao pedido inicial. Dessa forma, em última instância, antecipam-se os efeitos dos pedidos, ou de parcela deles, feitos na inicial.

Processualmente, de acordo com a teoria eclética, de Enrico Tullio Liebman, para que o direito fundamental de ação, desenhado constitucionalmente de forma abstrata, possa ser exercido e aceito, é necessário o preenchimento de algumas condições: as condições da ação.⁶⁴ Tal exigência, limitando o direito de ação quando do seu efetivo exercício, se justifica na medida em que se tem em vista a economia e a eficiência processual, evitando ações descabidas e infundadas e a prática de atos desnecessários, de modo a harmonizá-lo com outros direitos e valores fundamentais.⁶⁵

A legitimidade para agir e o interesse processual, ao lado da possibilidade jurídica do pedido,⁶⁶ formam as condições da ação (arts. 3º, 295, II, III e parágrafo único, III, do CPC) e na ausência de qualquer delas o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito, conforme dispõe o art. 267, VI, do CPC. Por ora, convém analisar em especial a primeira condição.

Conforme o art. 6º do CPC, a legitimidade *ad causam* em uma ação judicial tem em vista a afirmação de titularidade em relação ao direito material, até porque a noção de direito subjetivo, ligado intimamente a uma ideologia individualista, valoriza sobremaneira a vontade do sujeito, que pode exercê-lo ou não.⁶⁷ Assim, a regra para o processo civil individual é a legitimidade ordinária, quando a tutela jurisdicional do direito material é requerida pelo seu titular, ou seja, a posição processual do sujeito (autor ou réu) coincide com sua posição material em relação à situação concreta.⁶⁸ Excepcionalmente apenas há a possibilidade de se pleitear a tutela de direito alheio em nome próprio, a denominada legitimação extraordinária.

Dessa forma, o *caput* do art. 273, em consonância com o princípio dispositivo, de regra aceito pelo ordenamento brasileiro, impõe a exigência de requerimento do

⁶⁴ SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, p. 99.

⁶⁵ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 367-368.

⁶⁶ No PLS 166/2010, a impossibilidade jurídica do pedido passa a ser causa de extinção da ação sem julgamento de mérito, deixando de ser condição da ação.

⁶⁷ SILVA, O. A. B. *Op. cit.*, p. 76.

⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, p. 228-229.

autor⁶⁹ para que a possibilidade de antecipação de tutela seja analisada pelo magistrado, o que contribui para justificar a atribuição de responsabilidade objetiva ao requerente da liminar no caso de sua revogação⁷⁰ e também seria hábil a demonstrar o interesse processual – utilidade e necessidade – na medida.

Ao mesmo tempo, com isso se exclui a possibilidade de concessão de liminar antecipatória *ex officio*.⁷¹

O requerimento da parte pode ocorrer em qualquer momento até o trânsito em julgado da decisão definitiva, vez que se trata de uma faculdade⁷² e tendo em vista que a possibilidade de dano pode não ser contemporânea ao ajuizamento da ação, bem como que o tempo pode alterar a situação inicialmente apresentada.

Uma vez concedida a tutela antecipada, sua eficácia temporal perdura, quando não revogada antes, até o julgamento da demanda, quando vai ser substituída pela sentença de procedência ou alterada pela de improcedência.⁷³

Sua concessão, no entanto, de acordo com a redação do § 2º do art. 273, não é possível quando os efeitos que dela emanarem não forem reversíveis, o que poderia ser identificado como um pressuposto negativo.⁷⁴

Tal vedação, todavia, conduziria à inefetividade do instituto⁷⁵ justamente naquelas situações que com maior razão demandam sua aplicação, visto que tanto a ação quanto a omissão podem causar prejuízos.⁷⁶ Assim, essa determinação pode ser afastada topicamente.

⁶⁹ Há a possibilidade de outros atores processuais pleitearem a antecipação da tutela, matéria em que não nos aprofundaremos no presente trabalho. Sobre o assunto, vide, por todos, MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*, p. 145-148.

⁷⁰ Assunto tratado no item 2.4.

⁷¹ O PLS 166/2010, art. 284, estabelece a possibilidade de o juiz conceder medidas de urgência de ofício.

⁷² DIDIER JUNIOR, F; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 508.

⁷³ DIDIER JUNIOR, F. *et alii*. *Idem*, p. 466. Defendendo eficácia temporal mais estendida, MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 165.

⁷⁴ BUENO, C. S. *Tutela antecipada*, p. 65.

⁷⁵ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*, p. 97.

⁷⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*, p. 201.

Há casos, com efeito, em que tanto a concessão como o indeferimento da antecipação vão causar efeitos irreversíveis,⁷⁷ e há aqueles casos em que a fundamentalidade material do direito é tão cara à sociedade que se justificam os provimentos antecipatórios irreversíveis, como é o caso de prestações de natureza alimentar; até porque a antecipação de tutela se pauta na proteção do direito provável em nome do direito improvável, sendo essa sua lógica e a ética da jurisdição de urgência.⁷⁸

Assim, a situação material das partes pode afastar um dispositivo técnico, pensado abstratamente, em prol da execução da tutela do direito urgente que é capaz de ofuscar a importância do requisito da irreversibilidade de seus efeitos e atrair o controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, vale mencionar ainda outra limitação imposta à antecipação de tutela. Em razão do reexame necessário de sentenças contrárias à Fazenda Pública, nos termos do art. 475, I, do CPC, e de sua submissão ao regime de precatórios, conforme o art. 100 da Constituição Federal, questionou-se a possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público. Embora o reexame necessário se refira apenas à sentença – e não à liminar antecipatória, portanto⁷⁹ – e seja incompatível com a urgência normalmente envolvida na antecipação de tutela e embora o regime de precatórios não abranja todas as condenações pecuniárias e não alcance provimentos diversos do condenatório,⁸⁰ o art. 1º da Lei 9.494/97 limitou as hipóteses de concessão de tutela antecipada nos mesmos casos em que é vedada a liminar em mandado de segurança.⁸¹

⁷⁷ Zavascki exemplifica com o caso de um pedido de liberação de mercadorias retidas na alfândega para exame sanitário em uma época em que os servidores responsáveis estão em greve, afirmando que um dos direitos será sacrificado pela própria natureza das coisas (ZAVASCKI, T. A. *Op. cit.*, p. 98). A resolução da controvérsia dependeria de análise dos princípios aplicáveis ao caso concreto, caso não se entendesse configurada a vedação da antecipação de tutela (Lei 8.437/92, art. 1º, §3º).

⁷⁸ A ética da tutela de urgência foi assim definida por Ferruccio Tommaseo. (SILVA, O. A. B. *Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva*, p. 34.)

⁷⁹ Para Marinoni, tal argumentação é equivocada, porque impediria a execução imediata da sentença, em um sistema que a admitisse como regra, mas admitiria a antecipação de tutela. (MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 260.)

⁸⁰ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, p. 284-285.

⁸¹ De modo geral, veda-se a antecipação da tutela, não sem discussões doutrinárias, nos casos em que há cobrança de algum valor por parte de servidores públicos (Lei 12.016/09, art. 7º, §§2º e 5º), quando impugnado em primeira instância ato de autoridade sujeita, pela via do mandado

Em relação ao dispositivo foi proposta a Ação Direta de Constitucionalidade (nº 4/97) pelo Presidente da República – na época, Fernando Henrique Cardoso – e pelas mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, inicialmente, o entendimento que se firmou foi o de que havia a possibilidade de antecipação da tutela, contudo dentro dos rígidos limites impostos pela Lei 9.494/97.⁸² Com o passar do tempo, houve flexibilização da vedação estabelecida na legislação, interpretando-a de forma restritiva e permitindo-se a antecipação da tutela em situações especialíssimas, como as relativas à sobrevivência do indivíduo.⁸³

A matéria, embora já objeto de manifestação pelo STF, ainda é causa de discussões doutrinárias. Conforme Elton Venturi, os condicionamentos legais têm em vista a proteção do erário público,⁸⁴ e desse ponto de vista seriam legítimos. Discorda desse entendimento Luiz Guilherme Marinoni, para quem tais vedações implicariam afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando no polo passivo estiver a Fazenda Pública.⁸⁵

De todo modo, prevalece o entendimento da Suprema Corte, aplicando-se as restrições legais à antecipação de tutela, ainda que com certos temperamentos.

2.3 EXECUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A forma de efetivação das antecipações de tutela é tratada pelo §3º do art. 273 do CPC. O dispositivo se refere aos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, sendo que o art. 588, que tratava da execução de obrigação de pagar quantia, foi substituído pelo art. 475-O a partir da Lei 11.232/2005.

de segurança, à competência originária do Tribunal (Lei 8.437/92, art. 1º, §1º) e quando a medida esgotar no todo ou em parte o objeto da ação (Lei 8.437/92, art. 1º, §3º).

⁸² Sequer atualização monetária foi permitida, conforme a seguinte jurisprudência: STF, Rcl 1215 / RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/08/2002.

⁸³ STJ, REsp 275649/SP, Primeira Turma, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07/08/2001; AgRg no Ag 470437/SP, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/02/2002.

⁸⁴ VENTURI, E. *Op. cit.*, p. 289

⁸⁵ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*, p. 259.

Considerando a integração dos procedimentos antecipatórios previstos nos arts. 273, 461 e 461-A, conforme exposto no item 2.2.2, quando a ação tiver por objeto obrigação de fazer ou de não fazer ou entrega de coisa, ou quando a efetivação dos efeitos da sentença final implicar uma dessas formas de prestação, a efetivação da tutela antecipada poderá ocorrer por meio do emprego *ex officio* de meios coercitivos e sub-rogatórios, adequados à situação concreta, conforme previsto nos §§ 4º e 5º do art. 461,⁸⁶ ou seja, por decisões mandamentais e executivas *lato sensu*.

Em relação ao provimento antecipatório que determina o pagamento em dinheiro, a efetivação da tutela baseada no inciso I pode ocorrer por meio de expropriação, de penhora *on line*, de execução de alimentos (arts. 732 a 735, 852 a 854 e Lei 5.478/68) e de execução sob pena de multa, já que a satisfação do direito do autor em receber quantia, ressalte-se, não segue a disciplina da execução dos títulos definitivos, ao menos no caso de haver receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porque tem natureza nitidamente diversa da sentença condenatória.⁸⁷

Dessa forma, o art. 475-O serve como referencial à efetivação da antecipação de tutela, aplicando-se apenas “no que couber”, como determina o art. 273, §3º, já que, não raro, o procedimento de execução provisória previsto pelo CPC não tem a celeridade necessária para a adequada tutela da situação de urgência. De modo que se permite sua flexibilização⁸⁸ em prol da real tutela ao direito de acesso à justiça.

Assim, apenas excepcionalmente a execução da antecipação de tutela se faz com base nos princípios e parâmetros⁸⁹ da execução provisória,⁹⁰ já que a maioria das antecipações se baseia em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso de antecipação fundada no abuso do direito de defesa do réu ou em parte incontroversa do pedido, uma vez que não há receio de dano, a realização prática dos efeitos antecipados deve seguir o procedimento do art. 475-O, vez que a

⁸⁶ BUENO, C. S. *Tutela antecipada*, p. 130.

⁸⁷ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*, p. 211.

⁸⁸ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*, p. 101.

⁸⁹ O PLS 166/2010, em seu art. 281, utiliza a expressão “parâmetro operativo”.

⁹⁰ SILVA, O. A. B. *Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*, p. 264-265.

execução é, então, fundada em título executivo provisório⁹¹ (embora, no segundo caso, fundado em cognição exauriente).

A satisfatividade da antecipação de tutela, no entanto, não pode ser confundida com a definitividade, vez que o provimento antecipatório realiza faticamente o direito do autor, às vezes em relação a todo o objeto do litígio, e o satisfaz, mas tal situação não é definitiva, como deixa claro o §4º do art. 273.⁹²

2.4 DANOS DECORRENTES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Tendo em vista sua provisoriedade, a modificação da liminar, segundo Teori Albino Zavascki, pode ocorrer quando há mudança no estado de fato, quando há mitigação ou surgimento de uma situação de urgência, ou, ainda, quando a cognição sobre o direito afirmado aumenta, se tornando inverossímil ou verossímil, porque a eficácia do instituto é submetida à cláusula *rebus sic stantibus*.⁹³

A redação original do art. 273 do CPC estabelecia a aplicação das regras da execução provisória para fins de efetivação da antecipação de tutela, excluindo, contudo, a responsabilidade objetiva para os danos causados no caso de sua revogação.⁹⁴

Na execução provisória das sentenças condenatórias sujeitas à revisão por outra instância, a realização fática do direito corria por conta do exequente, que deliberadamente optava por executar a sentença ainda não transitada em julgado. A efetivação de tutelas de urgência, por sua vez, seguia os princípios e parâmetros da execução provisória, tendo em vista o risco a que estava sujeito o direito material, legítima e judicialmente protegido através da antecipação de tutela baseada na verossimilhança do direito do autor e na improbabilidade do que é afirmado pelo réu.

⁹¹ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 294-295.

⁹² SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, p. 48.

⁹³ Para Zavascki, o juiz poderia atuar de ofício quando há mitigação da situação de urgência ou aumenta a cognição sobre o direito, na medida em que o pedido de improcedência independe de pedido. (ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*, p. 115). Em sentido contrário, Marinoni afirma que não é possível a atuação *ex officio*, considerando que o juiz é, de regra, inerte e o art. 273 é expresso em exigir o requerimento da parte (MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 163).

⁹⁴ SILVA, O. A. B. *Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva*, p. 32.

Não obstante, a lei 10.444/2002 alterou a redação a fim de fazer constar no §3º do art. 273 a aplicabilidade do artigo 588, referente à execução provisória (atualmente substituído pelo artigo 475-O), todos do CPC, sem qualquer ressalva, deixando claro que, agora, nos casos em que a liminar antecipatória é revogada, a responsabilidade do autor é objetiva, ou seja, independente de culpa, dolo ou má-fé.

Em que pese a liminar antecipatória ser provisória, consoante se depreende do disposto no artigo 273, §4º, do CPC, e depender de requerimento (art. 273, *caput*), sua execução, pelo menos quando baseada em uma situação urgente (inciso I), não é uma opção ao autor, que se vê diante de um dano irreparável ou de difícil reparação. Mesmo no caso de antecipação fundada em abuso do exercício do direito de defesa do réu (inciso II), ou seja, baseada em uma conduta inadequada do réu, haveria o exercício legítimo de um direito.⁹⁵

Conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva, tal previsão (da responsabilidade objetiva) premia a ideia de que a situação atual é legítima e cabe a quem quer alterá-la demonstrar sua ilegitimidade ou inconveniência e de que a sucumbência atribui ao vencido o ônus de ressarcir o vencedor em todos os gastos.⁹⁶ O autor critica ainda essa solução afirmando que o procedimento utilizado em grande parte dos casos (o ordinário) beneficia o réu, ao manter o *status quo* até que se prove que é o autor quem tem razão, sendo que nesse caso o réu não é condenado a ressarcir o autor pelo tempo em que ficou privado de seu direito, o que desprestigia o princípio constitucional da isonomia.

De todo modo, adotou-se para a antecipação de tutela a mesma responsabilidade objetiva prevista para a execução provisória (artigo 475-O, I, CPC) e, por analogia, para o caso de revogação da liminar cautelar (art. 811, CPC), por ser esta também espécie do gênero das medidas de urgência.⁹⁷

Assim, uma vez revogada a liminar ou modificada em benefício do réu, o autor, que se beneficiou da antecipação da tutela, além de devolver o que recebeu, retornando a situação ao *status quo ante*, deve indenizar o réu pelos demais danos sofridos em decorrência da sua execução, que podem incluir danos materiais e

⁹⁵ Não tratamos aqui da antecipação da tutela fundada em parcela do pedido incontroverso porque tal liminar é baseada em cognição exauriente, como já exposto, e, assim sendo, entende-se que não há possibilidade de ser revogada na sentença.

⁹⁶ SILVA, O. A. B. *Op. cit.*, p. 32-33.

⁹⁷ CARNEIRO, A. G. *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 60.

morais.⁹⁸ Isso ocorre independentemente do motivo em que se funda a antecipação ou da investigação sobre a culpa, dolo ou má-fé, por se tratar de responsabilidade objetiva.

Basta, portanto, que o réu demonstre ter sofrido danos e haver nexo causal com a liminar pleiteada pelo autor. Cassio Scarpinella Bueno acrescenta que é necessário ainda verificar se não há no ordenamento norma que afaste ou atenuie a rigidez da regra contida no art. 811 do CPC, como no caso de antecipação de verbas alimentares.⁹⁹ Poder-se-ia pensar na flexibilização do tratamento da responsabilidade do autor também no caso em que a antecipação é baseada no abuso do exercício do direito de defesa do réu.

Demonstradas as linhas gerais do relevante instituto da antecipação de tutela, antes de tratar especificamente de sua aplicação às ações coletivas relativas aos direitos individuais homogêneos, pertinente se faz analisar a peculiaridade da tutela prestada para proteção dos direitos coletivos.

⁹⁸ DIDIER JUNIOR, F. *Curso de direito processual civil: execução*, p. 202-203.

⁹⁹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*, p. 105-106. O autor cita como exemplo a antecipação de verbas alimentares, que são irrepetíveis, mas cita também decisões que condenam o autor sucumbente à devolução dos valores (Lei nº 8.213/1991).

3 TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

3.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO

A tutela de direitos coletivos começou a receber atenção no Brasil efetivamente a partir da Lei da Ação Popular (LAP) (Lei nº 4.717/65) e, principalmente, da Lei da Ação Civil Pública (LACP) (Lei nº 7.347/85).

A primeira tem como legitimado ativo o cidadão e limitava seu objeto, quando de sua promulgação, aos direitos difusos, especificamente ao patrimônio público.¹⁰⁰ A segunda estabeleceu um rol de legitimados, excluindo, no entanto, o cidadão, e ampliou os direitos passíveis de serem tutelados, abrangendo então os direitos difusos e coletivos.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi o diploma que introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de tratar coletivamente os direitos individuais homogêneos de modo genérico,¹⁰¹ trazendo, inclusive, essa nova nomenclatura.

O art. 21 da LACP e o art. 90 do CDC estabelecem um elo entre si de modo a permitir a aplicação integrada¹⁰² dos diplomas e formar um microssistema de ações coletivas, motivo pelo qual as leis que contêm disposições sobre direitos coletivos são utilizadas com conceitos e disposições intercambiáveis.¹⁰³

Isso é relevante tendo em vista que nenhum dos diplomas permanece isolado ou estanque, permitindo-se adaptações através de interpretação sistemática a fim de efetivar o desiderato do constituinte, mormente em relação ao acesso à justiça, através das ações coletivas.

¹⁰⁰ Hoje seu objeto foi ampliado, por conta de alterações legislativas, para abranger outros direitos difusos, como o patrimônio histórico e turístico, meio ambiente e moralidade administrativa (Lei 4.717/65, art. 1º, *caput* e §1º; CF, art. 5º, LXXIII).

¹⁰¹ “a primeira experiência brasileira na área de proteção de direitos individuais homogêneos encontra-se na Lei 7.913/89, na qual se instituiu tutela coletiva dos interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, conferindo apenas ao Ministério Público a legitimidade processual” (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 388)

¹⁰² ALMEIDA, João Batista. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*, p. 176.

¹⁰³ Além dos diplomas legislativos mencionados, também trazem normas sobre direitos coletivos, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Protetiva da Pessoa Portadora de Deficiência, a Consolidação das Leis do Trabalho. Sobre o assunto, vide ALMEIDA, Gregório de Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 440 e ss.

Além disso, especificamente em relação à matéria deste trabalho, é o art. 81, parágrafo único, III, do CDC, que define os direitos individuais homogêneos como aqueles que decorrem de uma “origem comum”, o que se aplica a todas as ações que tenham essa espécie de direitos como objeto.

Tal definição, no entanto, é consideravelmente ampla e abre margem para discussões, sendo necessário buscar maior delimitação para que se defina sua forma de tutela jurisdicional e a margem de atuação do legitimado ativo coletivo.

Os direitos individuais homogêneos são tipicamente direitos individuais, mas assumem uma dimensão coletiva em razão de sua “origem comum, que denotaria sua homogeneidade, incluindo-se, então, no gênero direitos coletivos *lato sensu*.”¹⁰⁴

Conforme teoria de Alcides Alberto Munhoz da Cunha, que se baseia em uma interpretação conjunta dos arts. 81, parágrafo único, III, e 91, do CDC, e que foi adotada em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal,¹⁰⁵ os direitos individuais homogêneos não são diferentes dos direitos difusos e coletivos, já que durante o processo de conhecimento são tratados de forma coletiva enquanto “interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem”.¹⁰⁶ Essa é a primeira fase do processo, que culmina com uma sentença genérica (art. 95, CDC) e se adapta à categoria dos direitos difusos ou à dos coletivos, dependendo da titularidade do bem pleiteado em juízo – se indeterminados os sujeitos ou se determinados ou determináveis, respectivamente.¹⁰⁷ A divisibilidade ocorreria apenas no momento da liquidação e da execução dos danos pessoalmente sofridos, conforme disposição do art. 97 do CDC.

Esse conceito, embora importante em um momento em que se discutia a legitimação ativa coletiva para defesa desses direitos por parte do Ministério Público,¹⁰⁸ parece indicar que os direitos individuais homogêneos são essencialmente transindividuais, o que é questionável¹⁰⁹ diante da diferenciação

¹⁰⁴ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p. 76.

¹⁰⁵ STF, RE 163.231-3/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26/02/1997.

¹⁰⁶ CUNHA, A. A. M. da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*, p. 233.

¹⁰⁷ CUNHA, A. A. M. da. *Op. cit.*, p. 234. O autor exemplifica: o pedido de indenização a vítimas (indeterminadas) de vazamento de gás e o pedido de condenação da autarquia previdenciária em favor dos beneficiários (determinados) são direitos difuso e coletivo, respectivamente, mas ambos assumem também a forma de direitos individuais homogêneos.

¹⁰⁸ Vide *infra*, item 3.2.1.1.

¹⁰⁹ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo*, p. 66.

feita na legislação. Tais direitos são essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos.¹¹⁰

Assim, a teoria mencionada parece inverter a ideia inicial a respeito dos direitos individuais homogêneos – e sua própria denominação – e traz o risco de que tais direitos não existam em uma situação concreta no caso de ausência de liquidações individuais posteriores à sentença genérica.¹¹¹

Os direitos individuais apenas são homogêneos quando em relação a outro direito decorrente da mesma origem,¹¹² de modo que o coletivo diz respeito aos direitos quando agregados, que, no entanto, conservam sua natureza inicial individual.¹¹³

Consoante Rodolfo de Camargo Mancuso, a “alteração no *modo* do exercício não pode alterar a *essência* dos interesses agrupados”,¹¹⁴ já que eles conservam sua natureza original de direitos individuais, embora com expressão coletiva decorrente de sua homogeneidade.¹¹⁵

Outra tentativa de definição dos direitos individuais homogêneos adveio do Superior Tribunal de Justiça, que os identificou como direitos individuais com relevância social.¹¹⁶ No entanto, tal interpretação autoriza uma margem de arbitrariedade e manipulação na definição do que é a relevância social quase nos mesmos moldes do que acontece em relação à expressão “origem comum” do art. 81, parágrafo único, III, do CDC. Foi com base nisso que se entendeu que a mensalidade de televisão a cabo tem relevância social,¹¹⁷ mas matéria tributária¹¹⁸ não – quando a discussão sobre tributos ainda não era vedada em ações coletivas.

¹¹⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 30.

¹¹¹ Por exemplo, no caso do vazamento de gás mencionado na nota de rodapé nº 107, se nenhuma vítima, depois da sentença de procedência, apresentasse pedido de liquidação de seus danos, ainda que por falta de conhecimento ou por alguma dificuldade, tal situação significaria que os direitos individuais homogêneos não existiram no caso, mas apenas um interesse difuso.

¹¹² GIDI, A. *Op. cit.*, p. 23/30.

¹¹³ VIGORITI, V. *Op. cit.*, p. 197.

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*, p. 48. Destaques no original.

¹¹⁵ VIGORITI, V. *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*, p. 197.

¹¹⁶ STJ, REsp 58682/MG, Terceira Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08/10/1996.

¹¹⁷ STJ, REsp 547170 / SP, Terceira Turma, rel. Min. Castro Filho, 09/12/2003; AgRg no REsp 566862/SP, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 03/08/2004.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover utiliza o critério das *class actions for damages* do direito norte-americano,¹¹⁹ no qual nossas ações coletivas se baseiam em grande medida, para afirmar que o que distingue os direitos individuais homogêneos dos meramente individuais é a prevalência de questões comuns e a superioridade da ação coletiva em relação à individual no que se refere a sua eficácia.¹²⁰ Segundo a autora, o primeiro requisito decorre de uma origem próxima – uma origem remota caracterizaria a heterogeneidade dos direitos – e revela a homogeneidade dos direitos individuais, sem a qual há impossibilidade jurídica do pedido na ação coletiva. O segundo critério se identifica com o interesse de agir, tendo em vista a função social do processo.

Segundo nos parece, a homogeneidade dos direitos individuais significa a prevalência de questões comuns, “um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos”¹²¹, mas independentemente de se tratar de uma origem remota ou próxima que os una.¹²² O núcleo comum deve indicar ser mais adequada e efetiva a tutela coletiva dos direitos, de modo que a superioridade dessa tutela não é um requisito à admissibilidade da ação, mas uma decorrência da própria natureza de seu objeto.

De acordo com a conceituação proposta pelo Projeto de Lei 5139/09, em seu art. 2º, III, os direitos individuais homogêneos decorrem de origem comum, de fato ou de direito, e recomendam tutela conjunta, o que deve ser analisado de acordo com “critérios como facilitação do acesso à justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio”.¹²³

¹¹⁸ STJ, REsp 712824 / RS, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, j. 01/09/2005.

¹¹⁹ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23(b)(3).

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 883-884.

¹²¹ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, p. 32.

¹²² VENTURI, E. *Op. cit.*, p. 71.

¹²³ A exemplificação, na proposta legislativa, dos critérios que recomendam a tutela coletiva de direitos individuais não elimina o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que quando há significativa “margem de heterogeneidade” entre os direitos individuais, a via adequada é a tradicional, e não a coletiva. (A expressão é de Teori Albino Zavascki: ZAVASCKI, T. A. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 156).

Assim, verifica-se que os direitos individuais homogêneos são uma ficção jurídica criada para facilitar o acesso à justiça. A previsão do art. 81, parágrafo único, III, do CDC, permite a tutela coletiva de direitos individuais que têm repercussão transindividual, porque “atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum”,¹²⁴ através de um meio processualmente adequado para sua tutela.

Trata-se, portanto, do reconhecimento da possibilidade de veicular tais direitos materiais no Judiciário de forma conjunta,¹²⁵ desde que sua homogeneidade permita que sejam desprezadas e desconsideradas, ao menos em um primeiro momento, as especificidades de cada situação pessoal.¹²⁶

Para tanto, dispensa-se a presença de todos os titulares do direito individual na relação jurídica processual. A tutela coletiva destes direitos é pleiteada judicialmente através de legitimados ativos expressamente reconhecidos pelo legislador, tema a ser tratado no próximo item.

3.2 DEFESA PROCESSUAL

3.2.1 Legitimidade ativa coletiva

As condições da ação têm tratamento diferenciado no processo civil coletivo,¹²⁷ principalmente no que se refere à legitimação ativa em função da sua especificidade, a qual segue racionalidade nitidamente diversa daquela das ações individuais.

¹²⁴ MANCUSO, R. C. *Op. cit.*, p. 48.

¹²⁵ GIDI, A. *Op. cit.*, p. 30.

¹²⁶ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 120.

¹²⁷ Estabelece o art. 9º do PL 5139/2009: “Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.”

Em relação aos direitos difusos e coletivos, como a titularidade é de um grupo indivisível de pessoas, não há a possibilidade de se pleitear sua defesa em juízo da mesma forma que ocorre com os direitos individuais. No que tange aos direitos individuais homogêneos, porque são essencialmente direitos subjetivos tradicionais, há a possibilidade de seus titulares pleitearem sua defesa através de ações individuais, ainda que estabelecendo um litisconsórcio com base no art. 46, IV, do CPC, mas os indivíduos não poderiam requerer sua tutela através de ações coletivas, porque não são legitimados ativos coletivos.

Mesmo a nomenclatura nos moldes do processo civil individual encontra percalços nas ações coletivas, pois a legitimidade coletiva não consegue se enquadrar exatamente em nenhum dos casos – legitimidade ordinária ou extraordinária –, já que coletivamente o direito não pode ser afirmado de titularidade exclusiva de nenhum dos interessados, podendo, ou não, o legitimado ativo da ação coletiva fazer parte do grupo titular do direito.¹²⁸

Assim, houve autores que, percebendo a insuficiência da distinção utilizada nas ações individuais, defenderam uma legitimação ativa *sui generis*, específica para o campo das ações coletivas e correlata com suas peculiaridades, caracterizando a legitimação ativa como composta, autônoma, especial, coletiva ou dando outras qualificações que não encontram equivalentes no processo civil individual.¹²⁹

No presente trabalho, utilizaremos a expressão “legitimação ativa coletiva” para nos referirmos aos legitimados ativos das ações coletivas, com a finalidade de diferenciar o instituto daquele do processo civil individual, já que aqui se trabalha sob uma perspectiva diferente, necessariamente mais abrangente e com maiores – ou mais evidentes – reflexos sociais.

Em nosso ordenamento jurídico, os legitimados são determinados previamente pelo legislador (*ex lege*) nos arts. 82 do CDC e 5º da LACP:¹³⁰ Ministério Público, Defensoria Pública, entes federados, órgãos da administração direta e indireta, com ou sem personalidade jurídica, e associações.

¹²⁸ VENTURI, E. *Op. cit.*, p. 164.

¹²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, p. 392-395.

¹³⁰ Não mencionamos aqui o art. 1º da Lei da Ação Popular (nº 4.717/65), pois apenas o cidadão é legitimado para tal ação.

Vale mencionar que se trata de legitimados ativos concorrentes, disjuntivos, exclusivos e autônomos, já que podem atuar em conjunto ou isoladamente, sem que haja necessidade de autorização dos demais colegitimados, sendo que apenas aqueles expressamente elencados pela legislação podem demandar em ações coletivas, o que está totalmente desvinculado da análise da titularidade do direito material.¹³¹ A escolha tem em vista a seleção das pessoas mais aptas, em tese, à defesa dos direitos coletivos, mas não deixa de considerar questões políticas devido ao caráter metaindividual dos interesses envolvidos e, como é típico de um Estado Social Democrático de Direito, à aproximação considerável entre o jurídico e o político.¹³²

A legitimidade ativa desenhada pelo legislador traz algumas controvérsias doutrinárias no âmbito dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, mas é ainda mais delicada em relação aos direitos individuais homogêneos. Nesse caso, direitos tipicamente individuais serão tutelados, no que têm de homogêneo, por um autor legitimado pelo legislador independentemente da vontade dos seus titulares.

Discute-se na doutrina se a legitimidade ativa coletiva é atribuída a título de representação ou de substituição processual, havendo quem entenda que a substituição é uma espécie do gênero legitimação extraordinária. Conforme Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, o “representante atua em nome e no interesse do representado, que é a parte no processo”, enquanto que o “substituto processual age, em legitimação extraordinária, em seu próprio nome, como parte, na defesa de um direito alheio, mas em razão de um interesse próprio”.¹³³ Assim, embora se fale em representatividade adequada nas ações coletivas,¹³⁴ a natureza da legitimação ativa não é de representação;¹³⁵ ao contrário, defende-se, majoritariamente, ser caso de substituição processual.¹³⁶

¹³¹ BENJAMIN, A. H. *et alii*. *Op. cit.*, p. 393.

¹³² ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*, p. 145.

¹³³ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 83.

¹³⁴ Assunto tratado no item 3.2.1.3.

¹³⁵ A nomenclatura “representatividade adequada” decorre da expressão “adequacy of representation” das *class actions* norte-americanas. Nos Estados Unidos da América, efetivamente, há uma representação processual, conforme explicado mais detalhadamente a seguir.

¹³⁶ TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Partes e legitimidade nas ações coletivas*, p. 12.

Em relação aos direitos coletivos e difusos, poderíamos tratar de representação ou de substituição, conforme o entendimento adotado.¹³⁷ No que tange aos direitos individuais homogêneos, para grande parte da doutrina estaremos tratando de um caso de substituição processual,¹³⁸ já que os legitimados definidos pelo legislador não incluem o cidadão ou um membro do grupo titular do direito individual homogêneo.

No entanto, conforme Antonio Gidi, tal posição ignora a possibilidade de concomitância entre uma ação coletiva e uma ação individual com o mesmo objeto – o que vai contra a regra da substituição processual que impede que o substituído, porque se submete à coisa julgada material, compareça novamente em juízo.¹³⁹

Além disso, tratando-se exclusivamente do campo das ações coletivas, dissociado das hipóteses de legitimação do processo civil tradicional, não seria coerente falar em legitimação extraordinária sem que, antes, se definisse qual seria a legitimação ordinária.¹⁴⁰

De modo que, uma vez que a legitimação não segue os institutos do processo civil tradicional, também a natureza pela qual isso ocorre não é ligada integralmente a nenhuma das categorias conhecidas.¹⁴¹ Definir essa natureza, no processo civil individual, tem relevância prática na medida em que há limitação dos poderes do substituto, mas, no processo coletivo, como se verá, os limites de atuação do legitimado ativo estão mais intimamente ligados à natureza transindividual do direito veiculado na ação.

De todo modo, a tutela judicial de direitos individuais homogêneos é requerida através de um legitimado ativo, a fim de garantir-lhes tutela homogênea e mais efetiva. Tal situação permite dar mais efetividade ao direito fundamental de acesso à

¹³⁷ De acordo com a doutrina alemã, poderíamos falar da legitimação ativa coletiva do Ministério Público em razão do cargo (ROCHA, L. V. *Op. cit.*, p. 148-151). Para José Maria Rosa Tesheiner e Raquel Heck Mariano da Rocha, no caso dos direitos difusos e coletivos “Há exercício de função pública processual.” (TESHEINER, J. M. R.; ROCHA, R. H. M. *Op. cit.*, p. 13).

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Ação Civil Pública e a defesa de interesses individuais homogêneos*, p. 218.

¹³⁹ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 43-44.

¹⁴⁰ ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Op. cit.*, p. 93-94.

¹⁴¹ VIGORITI, V. *Class action e azione collettiva risarcitoria*, p. 200. O mesmo autor leciona que não se deve abrir mão de todos os institutos do processo tradicional para criar um arcabouço novo para a tutela coletiva, tampouco é necessária uma “ortopedia jurídica” a fim de forçar uma interpretação mais ampla, defendendo que os instrumentos tradicionais podem ser utilizados quando existir uma possibilidade razoável de adaptação. VIGORITI, V. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 15.

justiça, vez que todos os titulares têm seu direito protegido, ainda que não tenham buscado tutela jurisdicional pessoalmente.

Em relação aos legitimados para a tutela de direitos individuais homogêneos, a discussão maior é centrada na atuação do Ministério Público em razão da disponibilidade característica da maioria dos direitos individuais, motivo pelo qual optamos por dedicar um tópico ao assunto, ainda que estejamos tratando da legitimação ativa coletiva sem pretensão de analisar especificamente as peculiaridades de cada um dos legitimados.

3.2.1.1 (In)disponibilidade do direito individual

Tradicionalmente, no campo obrigacional e da responsabilidade civil, a diferenciação entre direitos disponíveis e indisponíveis toma em consideração a possibilidade, ou não, de renúncia por parte de seu titular. Discute-se, então, não raro, o âmbito de atuação dos legitimados ativos coletivos para defesa de direitos individuais homogêneos, trazendo à tona, a fim de circunscrevê-lo, a questão da disponibilidade ou indisponibilidade do direito individualmente considerado.

Tal celeuma é ainda mais notável em relação à atuação do Ministério Público, considerando as funções institucionais atribuídas ao *Parquet* pela Constituição Federal para a defesa da sociedade, evitando-se que se torne similar a uma advocacia particular. Sua função institucional é, de acordo com as normas constitucionais, a defesa de direitos difusos e coletivos (art. 129, III, CF/88) e dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, CF/88), motivo pelo qual não teria interesse – e sequer legitimidade – para a defesa de direitos disponíveis.

Contudo, é válido ressaltar que as garantias elaboradas para o direito individual não são passíveis de serem aplicadas às situações de dimensão coletiva por simples transposição, já que as situações substanciais são diversas.¹⁴² Dessa forma, a autonomia e a liberdade individuais não podem ser trazidas para o âmbito da tutela coletiva como se estivessemos tratando de direitos meramente particulares. A característica da homogeneidade denota um interesse social que, por

¹⁴² VIGORITI, V. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 218-219.

superar a esfera jurídica dos indivíduos, permite o abandono, pelo menos durante uma fase processual, das questões singulares que diferenciam cada direito individual.

Segundo leciona Athos Gusmão Carneiro, o entendimento válido para o Direito Privado não pode ser aplicado no âmbito da tutela coletiva sem alguns reparos. Para o autor, a indisponibilidade do direito coletivo decorre do fato de sua dimensão coletiva ser mais relevante, juridicamente, do que a perspectiva individual e o interesse do particular em efetivar seu direito,¹⁴³ de modo que os direitos individuais homogêneos seriam sempre indisponíveis enquanto considerados em sua globalidade, no que têm de homogêneo.¹⁴⁴

Vale mencionar que não houve qualquer limitação por parte do legislador quando estabeleceu o rol dos legitimados ativos coletivos (art. 82, do CDC), não sendo especificado qual dos legitimados pode tutelar qual espécie de direito coletivo. Outrossim, quando da promulgação da Constituição Federal não havia na legislação a nomenclatura criada para a categoria dos direitos individuais homogêneos. Pode-se entender, então, que tais direitos, que apenas surgiram depois, com o Código de Defesa do Consumidor, estão incluídos como subespécie dos direitos coletivos descritos no art. 129, III, da CF/88, presentes também na Lei Complementar 75/93, art. 6º, VII, *d* (Estatuto do Ministério Público da União),¹⁴⁵ e na Lei 8.625/93, art. 25, IV, *a* (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Utilizando-se da redação do art. 82, §1º, do CDC, pode-se dizer que legitima a atuação do Ministério Público o “interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.¹⁴⁶

De modo que em relação a esses direitos, porque existe um interesse social decorrente da homogeneidade, o Ministério Público está legitimado para veiculá-los judicialmente, o que é permitido pela CF/88, se não por interpretação extensiva do art. 129, III, através do permissivo contido no inciso IX do art. 129, que atribui à

¹⁴³ CARNEIRO, A. G. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público, p. 193.

¹⁴⁴ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, p. 45.

¹⁴⁵ STJ, REsp 1.142.630/PR, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/12/2010.

¹⁴⁶ GIDI, A. *Op. cit.*, p. 51; 514-516.

instituição “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.¹⁴⁷

Assim, uma vez que os direitos individuais homogêneos, quando considerados em conjunto, transcendem o interesse patrimonial exclusivo dos indivíduos, e “considerando que a tutela dos direitos individuais é pressuposto para a tutela do interesse social subjacente”,¹⁴⁸ não há óbices a que o Ministério Público assuma a legitimidade que lhe foi conferida pela lei.¹⁴⁹

Com a tutela coletiva, a solução do caso concreto necessariamente se reflete em “uma gama de situações análogas”,¹⁵⁰ de forma que a característica de disponibilidade ou indisponibilidade do direito apenas poderia ser aventada em um segundo momento do processo, na liquidação e execução individuais.¹⁵¹

3.2.1.2 Legitimação individual para ações coletivas

A se tratar de direitos individuais homogêneos, em essência direitos subjetivos, parece lógico defender a possibilidade de seus próprios titulares pleitearem sua defesa de forma coletiva, seja individualmente, seja de forma associada.¹⁵² Assim, seus próprios titulares, ou parte deles, teriam a possibilidade de pessoalmente conduzir o processo coletivo e verificar a conduta de seus advogados.

Para quem defende esse posicionamento, não há representante mais adequado, em princípio, do que um sujeito que pessoalmente enfrenta o mesmo

¹⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*, p. 494.

¹⁴⁸ ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 239.

¹⁴⁹ STJ, REsp 700.206, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 09/03/2010.

¹⁵⁰ CARNEIRO, A. G. *Op. cit.*, p. 193-196.

¹⁵¹ TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direitos indisponíveis e legitimação do Ministério Público para as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária*.

¹⁵² VIGORITI, V. *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*, p. 187.

problema que os demais,¹⁵³ de modo que haveria maior legitimidade na extensão dos efeitos do provimento jurisdicional a todos os membros do grupo.

No entanto, a legitimação individual traz consigo as críticas e desconfianças feitas à ação popular no que tange à possível utilização de instrumentos processuais como meio de ataque ou vingança em rivalidade política ou econômica e o desestímulo do cidadão em atuar na defesa de um direito que não lhe traz benefícios pessoais diretos.¹⁵⁴

O primeiro argumento pode ser afastado na medida em que, como defende Eurico Ferraresi, é irrelevante o fato de que o cidadão pode utilizar a ação com finalidade diversa daquela exposta no processo, desde que seja descrito e atacado um ato ilegal ou lesivo ao interesse público,¹⁵⁵ ou, na ação para tutela de direitos individuais homogêneos, haja um núcleo comum, prevalente entre os direitos, como objeto da ação e que una vários direitos individuais.

A segunda crítica também pode ser relativizada, já que após a sentença genérica há a possibilidade de liquidação e execução individuais para adequar o provimento a cada caso concreto (art. 97, do CDC).

Contudo, contra a legitimação individual ainda se acrescenta o grande vulto de despesas, em função da amplitude do objeto do processo, a complexidade da lide, a falta de conhecimentos técnicos e a capacidade política e econômica dos réus.¹⁵⁶

Conforme Vincenzo Vigoriti, os grupos têm maior capacidade de se colocar, inclusive economicamente, em um nível adequado para contestar partes habituadas a se beneficiar do caráter estritamente individual dos interesses e do processo, pois mais facilmente conseguem agir de forma coordenada, elaborar estratégias de longo prazo e ter melhor assistência. Ainda segundo o autor, “O que importa, na verdade, não é a natureza individual ou coletiva dos legitimados, mas principalmente a idoneidade deles para assumir e prosseguir com a iniciativa processual”,¹⁵⁷ tema a ser abordado no próximo tópico.

¹⁵³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos, p. 326.

¹⁵⁴ ALMEIDA, G. A. de. *Op. cit.*, p. 435-436.

¹⁵⁵ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva, p. 137.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 177.

¹⁵⁷ Tradução livre do original: “Quello che importa non è infatti la natura individuale o collettiva dei legittimati, quanto piuttosto l'idoneità di questi ad assumere e proseguire nell'iniziativa

3.2.1.3 Representatividade adequada

A legitimidade ativa nas ações coletivas é descrita em *numerus clausus* pela lei, conforme já mencionado. No entanto, pelo fato de que as decisões nelas proferidas têm geralmente uma amplitude considerável e que os membros do grupo titular do direito coletivo ausentes não têm um controle efetivo sobre a atuação processual, a legitimidade ativa atribuída legalmente não é suficiente para garantir a efetiva defesa dos direitos coletivos.

Os dispositivos que tratam da legitimação ativa coletiva mencionam como legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, entes da federação, órgãos da administração pública, direta e indireta, e associações. Em relação a estes dois últimos, há o requisito de que tenham como objetivo a proteção de direitos coletivos com pertinência temática ao objeto da causa e, no que tange ao último, pré-constituição de um ano.¹⁵⁸

A abrangência e o alcance possível das ações coletivas retratam processualmente a amplitude material dos direitos coletivos e da pretensão veiculada, bem como de sua relevância social, o que exige maior comprometimento e diligência por parte dos atores processuais.

Para Luciano Velasque Rocha, no âmbito das ações coletivas seria mais adequado falar em situação legitimante, e não em legitimidade. De acordo com o autor, se no processo civil individual tratamos a legitimidade ativa com base no critério da titularidade, nas ações coletivas o critério que fundamenta a situação legitimante é a representatividade adequada.¹⁵⁹ Elton Venturi parece concordar com

processuale.” VIGORITI, V. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 222. Com base nisso o autor acredita ser inadequado atribuir a todos os indivíduos interessados a legitimação ativa coletiva. (p. 225)

¹⁵⁸ Segundo alguns autores, esses requisitos constituem a representatividade adequada (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*, p. 46). No entanto, isso permitiria concluir que quando o juiz afasta a exigência de um ano de constituição prévia das associações, nos termos do art. 82, §1º, do CDC, estaria, em verdade, afastando a representatividade adequada do autor, o que permitiria impugnar a decisão da ação coletiva em qualquer caso e a existência da coisa julgada.

¹⁵⁹ Luciano Velasque Rocha afirma que “certo nos parece sustentar que a noção de *adequacy of representation* simboliza um bem acabado esforço de câmbio de situação legitimante. Com efeito, abandona-se a idéia de *titularidade* afirmada de direitos em favor da muito mais flexível noção de *aptidão* para a defesa de direitos.” (ROCHA, L. V. *Op. cit.*, p. 141).

o argumento ao afirmar que “a atuação das entidades expressamente legitimadas passa a ser avaliada através da *efetividade da tutela jurisdicional empreendida*, e não mais sob o enfoque da afirmação da titularidade da pretensão deduzida.”¹⁶⁰

Assim, o critério que fundamenta a legitimação ativa coletiva é a representatividade adequada do ente que pretende defender interesses metaindividuais, o que, segundo entendemos, não pode ser dimensionado previamente pelo legislador de forma absoluta.¹⁶¹ A análise da aptidão do legitimado ativo, dessa forma, fica ainda submetida ao julgamento do juiz diante de um caso concreto.

De modo que, de acordo com a origem do instituto, as *class actions* norte-americanas, há autores que defendem a análise da representatividade adequada (*adequacy of representation*) pelo juiz brasileiro.

Nas *class actions*, cabe ao juiz certificar a ação como sendo coletiva ou não, analisando discricionariamente a adequada representatividade do autor a fim de que ele proteja fiel e adequadamente os interesses da classe.¹⁶² Vale mencionar que nos Estados Unidos da América os legitimados ativos coletivos não estão elencados exhaustivamente em uma lei. Ao contrário, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode pretender defender direitos coletivos, desde que demonstre ser um representante adequado e o juiz certifique, dessa forma, a ação coletiva. Caso o autor da ação coletiva demonstre a *adequacy of representation* de apenas parcela dos membros ausentes, pode o juiz redefinir o grupo, fazendo com que o processo produza efeitos apenas em relação aos membros adequadamente representados ou chamar legitimados para atuar na defesa dos outros membros, organizando subgrupos homogêneos, se necessário.¹⁶³

Como se percebe, há grande controle por parte do juiz norte-americano sobre as ações coletivas, tomando uma posição proeminente na definição do processo.

¹⁶⁰ VENTURI, E. *Processo civil coletivo*, p. 177. Destaques no original. No mesmo sentido, afirma Claudio Meneses Pacheco: “el meollo del asunto radica en determinar quiénes pueden accionar colectivamente con verdaderas perspectivas de éxito.” (PACHECO, Claudio Meneses. Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos, p. 254)

¹⁶¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado, p. 117.

¹⁶² Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23, a (4).

¹⁶³ GIDI, A. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 128.

Desse modo, a *adequacy of representation* é um conceito aberto e indeterminado¹⁶⁴ a ser construído jurisprudencialmente diante das peculiaridades do caso concreto.

Tal situação se justifica na medida em que a coisa julgada da decisão proferida nas *class actions* norte-americanas atinge todos os representados, assim determinados pelo Tribunal, seja a decisão pela procedência da ação ou não, excluídos apenas os titulares do direito coletivo, no caso de direitos individuais homogêneos, que exerceram o *right to opt out*,¹⁶⁵ após devidamente notificados. O *right to opt out* é um direito do membro do grupo que está sendo representado em juízo de requerer sua exclusão da demanda, quando não será atingido pela sentença – de procedência ou de improcedência. Para este sujeito, resta a via individual para a proteção de seu direito.

Alguns autores afirmam que o instituto da representatividade adequada norte-americano não poderia ser aplicado no Brasil, seja porque aqui os legitimados ativos coletivos são definidos legalmente, seja porque eventuais requisitos para legitimação também estão expostos objetivamente na legislação.¹⁶⁶ Além disso, a sentença apenas faz coisa julgada, em relação aos direitos individuais homogêneos, quando for de procedência – a improcedência apenas impede a propositura de nova demanda coletiva, exceto quando baseada em falta de provas, restando ainda, para os direitos individuais homogêneos, a via individual.

Conforme Antonio Gidi, não é convincente o argumento de que a adequação da representação já foi analisada previamente pelo legislador, porque, então, o juiz retornaria à posição inerte que tinha nos séculos XVIII e XIX; tampouco o é o argumento de que o Ministério Público é sempre fiscal da lei nas ações coletivas (art. 6º, §4º, da Lei 4.717/65, art. 5º, §1º, Lei 7.347/85, e art. 92, do CDC), o que ignora que nem sempre o posicionamento do *Parquet* é aceito pelo juiz e olvida a inexistência de outra instituição que atue como fiscal da lei quando o Ministério Público é quem inicia a ação.¹⁶⁷

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*, p. 64.

¹⁶⁵ No direito brasileiro temos um instituto parecido delineado no art. 104 do CDC.

¹⁶⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*, p. 46.

¹⁶⁷ GIDI, A. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, p. 63-65.

Caso se aceitasse a ideia de que os requisitos objetivos elencados pela lei são suficientes para caracterizar a representatividade adequada, ainda que houvesse uma nítida incompetência ou negligência do legitimado no decorrer da ação coletiva, o juiz estaria “obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo”,¹⁶⁸ mesmo sabendo que a sentença de improcedência também faz coisa julgada e impede a propositura de nova ação coletiva, exceto se baseada em falta de provas.

Essa visão não pode ser aceita por conta do caráter metaindividual dos direitos coletivos, que exige que se considerem sempre os titulares do direito material que não estão presentes e poucas vezes estão efetivamente cientes do que acontece no trâmite processual. Além disso, o magistrado não pode permitir que as deficiências técnicas do advogado prejudiquem o direito das partes.¹⁶⁹

Swarai Cervone de Oliveira menciona ainda que se o art. 82, §1º, do CDC, permite ao juiz afastar o requisito da pré-constituição de um ano em relação às associações, entes legítimos elencados pelo legislador, nos casos de manifesto interesse social ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, por coerência “deve-se aceitar que o juiz possa, diante de um caso claro de falta de representatividade da associação, negar a sua legitimação, muito embora preencha os requisitos subjetivos.”¹⁷⁰

Acreditar que a representatividade adequada já foi analisada pelo legislador, ou não é prevista expressamente na legislação,¹⁷¹ equivaleria, segundo Vincenzo Vigoriti, a deixar ao poder político a delimitação dos interesses que podem ter acesso à justiça de forma coletiva – com possibilidade de exclusão de situações pelo simples fato de não terem caráter hegemônico.¹⁷²

¹⁶⁸ GIDI, A. *Idem*, p. 62.

¹⁶⁹ A ideia é de Capelletti, mencionada em LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil, p. 25.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, S. C. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁷¹ O projeto de lei 3034/84, do Deputado Federal Flávio Bierrenbach, que continha disposições para disciplina da Ação Civil Pública, previa a análise da representatividade adequada pelo juiz, mas tal dispositivo foi vetado. Com base nisso, alguns doutrinadores afirmam que há uma proibição de tal análise pelo juiz. MIRRA, Á. L. V. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁷² VIGORITI, V. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 227. Ainda, segundo o autor não pode ser vista como ineficiência legislativa o que na verdade é vontade política de negar tutela a certos fenômenos substanciais.

Os critérios legais estabelecidos são gerais e abstratos, devendo ser verificados nos casos concretos sob uma perspectiva funcional¹⁷³ e constitucional, de efetividade da tutela jurisdicional.

Ao verificar que um ente legitimado não é representante adequado, o juiz da ação coletiva tem o dever de intimar outros legitimados que preencham os requisitos para que substituam o autor coletivo “inadequado” e prossigam com a ação.¹⁷⁴ Caso assim não proceda, haveria um óbice para a constituição da coisa julgada material e a ação coletiva poderia ser novamente proposta, motivo pelo qual também o réu é interessado na representatividade adequada.¹⁷⁵ Segundo Antonio Gidi,

Os membros do grupo não deveriam ficar vinculados pelos atos de um representante inadequado. O representante inadequado, portanto, é um não-representante. (...) O representante obtém essa posição por manifestação de sua própria vontade, ao propor a ação em benefício de uma coletividade. O mínimo que esse estranho tipo de ‘representante’ deve ser é adequado.¹⁷⁶

Firmado o entendimento de que a representatividade adequada deve ser analisada pelo juiz da ação coletiva, cabe destacar que não se trata de um juízo totalmente discricionário. A análise do requisito que justifica a atribuição de legitimidade ativa coletiva ao ente deve ser baseada no devido processo legal, garantido constitucionalmente no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

De acordo com a doutrina que defende a análise *ope judicis* da representatividade adequada, analisar-se-ia a reputação do ente perante a sociedade, sua credibilidade, capacidade, conhecimentos técnicos processuais e acerca do direito material, bem como experiência específica sobre a matéria, disponibilidade de capital para custeio da ação, dentre outros.¹⁷⁷

¹⁷³ PACHECO, Claudio Meneses. Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos, p. 261.

¹⁷⁴ Tal situação já é prevista pelo art. 9º da Lei da Ação Popular (nº 4.717/65), que poderia ser aplicado por analogia a todas as ações coletivas, conforme o que propõe o art. 8º do PL 5139/09. No entanto, isso não é aplicado na prática, conforme se depreende do seguinte julgado: STF, AgRgAl 382.298-RS, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/05/2004.

¹⁷⁵ Assim, a questão da representatividade adequada não estaria preclusa mesmo após uma suposta coisa julgada, que, na verdade, posteriormente pode se mostrar inexistente. Nesse sentido: GIDI, A. *Op. cit.*, p. 68; GIDI, A. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 102.

¹⁷⁶ GIDI, A. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁷⁷ ROCHA, L. V. *Op. cit.*, p. 144.

Com base nisso, a representatividade adequada é o que legitima a extensão dos efeitos da decisão da ação coletiva para todos os membros do grupo titular do direito, pois o direito teve efetiva e concreta possibilidade de ser tutelado em juízo.¹⁷⁸ De forma que o problema do requerimento judicial de proteção coletiva de direitos individuais – no que eles têm de coletivo – não é a ausência de autorização ou ciência de seus titulares, mas a escolha de um representante adequado.¹⁷⁹

3.3 SENTENÇA

3.3.1 Condenação genérica

Os direitos coletivos podem ser tutelados através de vários meios processuais, notadamente através da ação popular, ação civil pública e ações de controle concentrado de constitucionalidade. No que se refere aos direitos individuais homogêneos, a ação civil pública é o espaço mais adequado para buscar sua tutela.

O pedido nas ações que têm por objeto os direitos individuais homogêneos deve ser para a tutela dos indivíduos que são seus titulares, o que está intimamente ligado ao fato de que o tratamento a ser dado a esses direitos durante a fase de conhecimento é coletivo, como já se mencionou.

Nesse sentido, o art. 95 do CDC estabelece que a sentença, em caso de procedência, será condenatória genérica, fixando o dever de indenizar e deixando para um momento posterior a determinação do dano, do nexo causal e do *quantum* devido.

Dessa forma, haveria limitação ao tipo de provimento a ser dado pelo juiz. A LACP caminha nesse mesmo sentido, determinando os objetos passíveis de serem veiculados judicialmente através deste tipo de ação (art. 3º): “condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

¹⁷⁸ VIGORITI, V. *Op. cit.*, p. 154.

¹⁷⁹ VIGLIAR, J. M. M. *Op. cit.*, p. 326-327.

De modo que, através de uma interpretação literal dessas leis – promulgadas antes das reformas do CPC mencionadas no capítulo anterior, lembre-se –, a eficácia da sentença deve ser predominantemente condenatória, havendo precedentes jurisprudenciais que interpretaram essa limitação de forma ainda mais restrita, ao ponto de negar a possibilidade de cumulação de pedido condenatório em pecúnia com obrigação de fazer ou de não fazer.¹⁸⁰

Conforme o entendimento de Elton Venturi, a sentença é efetivamente condenatória, se não no que toca aos danos individuais – que nesse momento são baseados apenas em verossimilhança e podem inexistir em processo de liquidação individual –, ao menos em relação à existência de um dano transindividual (*fluid recovery*).¹⁸¹ Por esse motivo, para o autor é possível que haja liquidação e execução coletivas a qualquer tempo, independentemente do prazo de um ano e do número de liquidações individuais, estabelecidos no art. 100 do CDC,¹⁸² a fim de que haja repressão efetiva aos responsáveis.¹⁸³

Contudo, de lado eventual execução coletiva relativa a danos metaindividuais reconhecidos em sentença que tutela direitos individuais homogêneos, acompanhamos Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. Segundo o autor, a sentença condenatória genérica prevista no art. 95 do CDC não é propriamente condenatória, pois é mais abstrata do que uma simples condenação ilíquida. Ela deixa em aberto a análise sobre o dano individual, quanto é devido e a quais relações jurídicas pode ser aplicada, de modo que seu aspecto fundamental é a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados, ou seja, uma declaração abstrata de reconhecimento de obrigação.¹⁸⁴

Com efeito, há o reconhecimento da ocorrência de um dano a vários direitos individuais, mas isso não é suficiente para afastar a necessidade dos indivíduos comprovarem os danos pessoais experimentados quando da liquidação. Assim, por ser um processo que busca proteção a direitos individuais homogêneos, cuja

¹⁸⁰ STJ, REsp 94.298/RS, Primeira Turma, rel. Min. Garcia Vieira, j. 06/05/1999.

¹⁸¹ VENTURI, E. *Execução da tutela coletiva*, p. 128.

¹⁸² Art. 100, CDC. “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.”

¹⁸³ VENTURI, E. *Op. cit.*, p. 154-155.

¹⁸⁴ ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 126.

sentença é seguida de liquidações e execuções individuais, a eficácia principal da sentença é declaratória, apenas secundariamente condenatória para permitir a liquidação e execução individuais posteriores¹⁸⁵ ou, se estas não forem em número compatível com a gravidade do dano, a execução coletiva de uma reparação fluída.

De todo modo, a interpretação literal das disposições legais traz o risco de restringir a possibilidade de tutela dos direitos, o que, não raro, acaba por violar normas constitucionais, além de ser totalmente contrária ao disposto no art. 83 do CDC, mormente quando tal restrição ocorre no campo do direito processual, instrumental em relação ao direito material.

3.3.2 Possibilidade de outras eficácias (declaratória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*) e interferência empírica em interesse disponível ao titular do direito individual homogêneo

Afirmar que há apenas a possibilidade de sentença condenatória genérica para a proteção de direitos individuais homogêneos, posteriormente individualizados através da liquidação e execução individuais (art. 97, CDC), implica acreditar que os direitos individuais restringem-se ao aspecto patrimonial – e tal característica permanece quando considerados coletivamente – ou ligam-se apenas ao interesse de ressarcimento e retorno ao *status quo ante*. De forma que tal interpretação é reducionista e vai de encontro ao princípio de acesso à justiça que informa as ações coletivas.

Com efeito, as eficácias declaratória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu* tendem a atingir imediata e necessariamente a esfera jurídica dos indivíduos que compõem o grupo titular do direito individual homogêneo.¹⁸⁶

Para Teori Albino Zavascki, seria absurdo falar em sentença com eficácia constitutiva sobre situações jurídicas desconhecidas, seja no que tange ao seu

¹⁸⁵ ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁸⁶ ARENHART, S. C. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia.

conteúdo, seja em relação a seus figurantes,¹⁸⁷ sonegando-se a liberdade dos indivíduos de optar por não se vincularem ao julgado.¹⁸⁸

No entanto, vale ressaltar que não se tratam de situações jurídicas desconhecidas, mas apenas tratadas de modo conjunto.

A respeito da liberdade dos indivíduos, Sérgio Cruz Arenhart afirma que, embora as tutelas declaratórias e constitutivas efetivamente tendam a ser universais, isso acontece em relação a qualquer demanda, mesmo nas individuais, porque não há como determinar *a priori* quais situações serão atingidas por um provimento judicial.¹⁸⁹

Mesmo a sentença relativa a direitos difusos e coletivos pode ter efeitos sobre relações jurídicas individuais. Tanto é verdade que há a possibilidade do transporte *in utilibus* da sentença de procedência para beneficiar vítimas e seus sucessores (art. 103, §3º, do CDC). Pelo fato de que a fase cognitiva da demanda coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos ocorre de forma a tutelá-los apenas no que têm de homogêneo, eventual decisão declaratória ou constitutiva se assemelharia a um provimento judicial para a tutela de direitos coletivos, ressalvado o fato de que esses são indivisíveis.

Também é possível sentença genérica para tutela de direitos individuais homogêneos com eficácias mandamental e executiva *lato sensu*, como ocorreu em relação aos valores devidos aos titulares de poupanças do Banco do Brasil em razão da alteração dos Planos econômicos¹⁹⁰ – sentença mandamental relativa a prestação pecuniária, destaque-se. Nesses casos, há benefício a todos os indivíduos, podendo até mesmo atingir direitos individualmente disponíveis. A solução dada ao caso concreto, naquela oportunidade, teve em vista evitar a propositura de várias execuções individuais, já que os dados necessários para o cumprimento da sentença se encontravam em poder do réu, e fazer com que a

¹⁸⁷ ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 169-170.

¹⁸⁸ ZAVASCKI, T. A. *Idem*, p. 187.

¹⁸⁹ ARENHART, S. C. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, p. 9. O autor cita como exemplo a submissão de terceiros à eficácia da sentença, o que impediria, após a anulação do contrato de compra e venda, a compra de um imóvel por um terceiro do primitivo comprador.

¹⁹⁰ STJ, REsp 767.741/PR, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15/12/2009.

sentença atingisse todos os indivíduos aos quais se destinava, ainda que não tivessem conhecimento a respeito da ação coletiva.

Nesse mesmo sentido caminha o Projeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (Projeto de Lei nº 5139/09). Seus arts. 26 e 29 determinam que sempre que possível a satisfação da condenação ao pagamento de quantia em dinheiro deve ser feita de ofício e sem necessidade de execução, utilizando-se o juiz das mesmas medidas possíveis para os casos de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (arts. 461 e 461-A do CPC), sendo admitida a sentença genérica apenas no caso de não ser possível a sentença líquida.

Também a pretensão inibitória tem cabimento no âmbito das ações coletivas, ressaltando que a tutela preventiva é a melhor forma de proteção dos direitos coletivos,¹⁹¹ já que evitar o ilícito e eventual dano coletivo é mais eficaz do que buscar sua reparação, ainda que específica, posteriormente.

A favor da possibilidade de todos os tipos de provimentos nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos milita, ainda, o art. 104 do CDC, permitindo o *opt out* durante o curso da demanda coletiva. Mesmo que tal faculdade não seja exercida, os indivíduos que não têm ações individuais apenas são vinculados à sentença de procedência.¹⁹²

Há também outras formas de execução da sentença genérica, como a execução coletiva (*fluid recovery*), proposta por algum dos legitimados ativos coletivos, no caso de inexistirem execuções individuais em número compatível com o dano genericamente apurado no processo de conhecimento, com a reversão dos valores a um fundo público¹⁹³ – o que comprova que há um interesse que transcende a liberdade e autonomia individuais de disposição de direitos subjetivos.

De modo que, as formas de provimentos judiciais possíveis para as ações individuais – declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental e executivo *lato sensu* – também o são em relação às ações coletivas, com ainda maior amplitude, haja vista a indisponibilidade do direito coletivo por parte do legitimado ativo coletivo. Não poderia ser diferente em relação aos direitos individuais homogêneos, pois, do contrário, por conta da falta de eficácia e da correspondência com o direito material,

¹⁹¹ ARENHART, S. C. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 18.

¹⁹² ARENHART, S. C. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, p. 11.

¹⁹³ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 11.

seria inútil buscar tutela coletiva, pois instrumental seria apenas o processo civil individual.

Fixadas algumas premissas, nos propomos a analisar, por fim, a antecipação de tutela, no âmbito das ações coletivas, em relação a direitos individuais homogêneos com a finalidade de verificar o grau de satisfação do direito material individual que o legitimado ativo coletivo pode pleitear e que o instituto permite.

4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM RELAÇÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

4.1 DISPOSITIVOS LEGAIS APLICÁVEIS

4.1.1 O tratamento específico da Lei da Ação Civil Pública

Ainda antes de ser editada a lei 8.952/94, que estendeu a possibilidade de antecipação da tutela final a todos os procedimentos, através de nova redação dada ao art. 273 do CPC, a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, já previa os provimentos liminares. O art. 12 deste diploma legal dispõe que pode ser concedido mandado liminar pelo magistrado, *inaudita altera parte* ou após contraditório, sem, contudo, mencionar qualquer requisito para tanto.

Partindo da literalidade da lei, há quem diferencie a cautelar, prevista no art. 4º da LACP, a liminar prevista no art. 12 e a antecipação de tutela, esta com aplicação do art. 273 do CPC.¹⁹⁴ A cautelar teria por finalidade a proteção do provimento final a ser dado pelo magistrado, enquanto que a liminar, cautelar ou antecipatória, seria dada no início do processo, ambas caracterizadas pela cognição sumária e podendo ter conteúdo diverso daquilo que foi pleiteado como provimento final. A possibilidade de a cautelar ser satisfativa no âmbito da ação civil pública, como afirma Sergio Ferraz, em razão de ter por objetivo evitar o dano (art. 4º da Lei 7.437/85),¹⁹⁵ aproxima as duas medidas de modo a dificultar sua diferenciação.

Já a antecipação de tutela, com fundamento no art. 273, seria baseada em cognição mais aprofundada, ainda que não plena, em razão da prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação, requisitos exigidos pelo CPC.

¹⁹⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental. FERRAZ, Sergio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública.

¹⁹⁵ FERRAZ, S. *Idem*, p. 831-832.

Contudo, a expressão “liminar” do art. 12 tem o sentido de providência dada *in limine litis*,¹⁹⁶ ou antes do provimento final, que corresponde ao gênero do qual são espécies a antecipação de tutela e a medida cautelar. De modo que a liminar não é uma terceira forma de tutela urgente, mas a nomenclatura do provimento que visa satisfazer antecipadamente o direito pleiteado, ou parcela dele, ou garantir sua futura satisfação, sem que isso se confunda com a decisão final.

Ademais, tendo em vista o posicionamento doutrinário atual e a origem do instituto, como demonstrado no item 2, a cautelar se reveste de função assecuratória, sendo inadequado conferir-lhe natureza satisfativa – embora existam, de fato, previsões legislativas nesse sentido.¹⁹⁷ Assim, os institutos constantes da LACP devem ser atualizados através de uma leitura sistemática, permitida pelo seu art. 19. Por estes motivos, não adotamos tal diferenciação.

Na época em que foi editada, a LACP representou um grande avanço não apenas na proteção de direitos difusos e coletivos, mas mesmo em relação ao processo civil tradicional, possibilitando a concessão de medida liminar antecipatória, naquele momento prevista apenas para alguns procedimentos especiais, como o mandado de segurança.

Atualmente, uma vez que o art. 273, §7º, do CPC, permite fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, entendemos que o disposto no art. 12 da LACP pode corresponder à atual antecipação dos efeitos da tutela final ou ao provimento cautelar,¹⁹⁸ podendo ser pleiteada em ação cautelar autônoma ou na ação civil pública.¹⁹⁹

¹⁹⁶ DANTAS, M. B. *Op. cit.*, p. 387; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo (Lei nº 7.347/85, de 24/7/85)*, p. 335.

¹⁹⁷ Menciona-se, dentre outras, o protesto, a notificação, a interpelação e alguns processos de exibição como medidas que não têm propriamente caráter cautelar. (SILVA, O. B. A. *Do processo cautelar*, p. 368 e 496)

¹⁹⁸ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 326.

¹⁹⁹ MANCUSO, R. C. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, p. 201-203.

4.1.2 O art. 273 do Código de Processo Civil

Não obstante a existência de um regramento específico para a concessão de liminares em ações coletivas, sendo certo que norma geral não revoga norma especial, talvez pela redação lacônica do art. 12 da LACP, a maior parte da jurisprudência atual aplica o art. 273 do CPC para identificar os requisitos e os casos em que é possível a antecipação de tutela.²⁰⁰

Também parte da doutrina defende esse posicionamento, com fundamento no art. 19 da LACP e no art. 90 do CDC, que permitem a aplicação subsidiária do CPC no que não for contrário ao sistema de ações coletivas.²⁰¹

Assim, essa disciplina, pensada para os processos individuais, sobre a qual já tratamos no item 2.2, é amplamente aplicada às ações coletivas, o que não impede uma análise mais aprofundada do instituto.

Diante das peculiaridades do processo coletivo, a racionalidade que envolve a proteção de direitos transindividuais se assemelha àquela dispensada à tutela da parte vulnerável,²⁰² motivo pelo qual os institutos do processo civil individual não podem simplesmente ser transpostos à tutela coletiva, de modo que alguns autores defendem a inaplicabilidade do art. 273 às demandas coletivas no que for mais restritivo.²⁰³ No caso de antecipação de tutela baseada em urgência, aplicar-se-ia o art. 12 da LACP, sem se exigir prova inequívoca do direito.

Nesse sentido, afirmando a diferença entre os dispositivos, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – REQUISITOS ESSENCIAIS – "FUMUS BONI JURIS" E "PERICULUM IN MORA" – LEI 7.347/85, ART. 12 (...) - A natureza jurídica

²⁰⁰ STJ, REsp 700206, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/03/2010; STJ, AgRg no REsp 937991/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/12/2008; TJRS, AI 70046587218, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Whlein, j. 25/07/2012; TJRS AI 70050108000, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Denise Oliveira Cezar, j. 08/08/2012; TJSP, AI 574619-5/5-00, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Eduardo Braga, j. 27/09/2006; TRF4, MIC 2008.04.00.007277-0, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 06/03/2008;

²⁰¹ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*, p. 290-291. MANCUSO, R. C. *Op. cit.*, p. 98-99. DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Op. cit.*, p. 325.

²⁰² YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença, p. 366.

²⁰³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Antecipação da tutela nas ações coletivas*. p. 58 e ss.

da liminar proferida em ação civil pública é diversa da tutela antecipada regulada pelo art. 273 do CPC, razão pela qual não podem ser invocados, "in casu", os requisitos estabelecidos no referido preceito legal. - Na hipótese dos autos, estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da liminar, quais sejam, o "fumus boni juris" e o "periculum in mora". A liminar proferida em ação civil pública possui regulamentação e requisitos próprios, como estabelecido na Lei nº 7.347/89.²⁰⁴

Conforme assevera Alexandre Amaral Gavronski, os requisitos do art. 273 se justificam na medida em que se trata de um regramento genérico, não sendo adequado estendê-lo para os procedimentos especiais para os quais há uma disciplina particular em razão do direito material envolvido. No caso dos direitos coletivos, requisitos mais flexíveis e proteção especial se justificariam na medida em que seus titulares, além de numerosos, estão dispersos, com ainda maior razão quando o risco de perecimento é iminente.²⁰⁵

Na hipótese de antecipação fundada em abuso do direito de defesa ou parte incontroversa da demanda, uma vez que tal hipótese não foi prevista na LACP, estaria autorizada a utilização do art. 273 do CPC, passível de ser aplicado a todos os procedimentos na ausência de disciplina específica.²⁰⁶

Embora concordemos que na prática há, com efeito, diferenciação na análise dos requisitos pelo juiz, acreditamos que isso decorre da própria natureza do processo coletivo e de sua nítida abrangência social.²⁰⁷

Segundo essa teoria, ainda, não se poderia exigir a prova inequívoca do direito nas ações coletivas. No entanto, a interpretação atual desse requisito tem sido no sentido de existir prova que leve à verossimilhança da alegação, de modo que não nos parece ser restritivo, caracterizando apenas um suporte probatório em que o magistrado pode se apoiar para fundamentar seu convencimento.

Dessa forma, a aplicação do regime do art. 273 do CPC nas ações coletivas não nos parece de todo equivocada.

²⁰⁴ STJ, REsp 161656/SP, Segunda Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 19/04/2001.

²⁰⁵ GAVRONSKI, A. A. *Op. cit.*, p. 61.

²⁰⁶ O PL 5139/09 amplia as hipóteses do art. 273, inciso II e §6º, do CPC, para os processos coletivos, prevendo-as expressamente no art. 17, §3º.

²⁰⁷ Vide item 4.2.1.

4.1.3 Sistematização com o Código de Defesa do Consumidor – obrigações de fazer e de não fazer

Atualmente, o art. 12 da LACP não é o único no microssistema de processo coletivo a disciplinar a antecipação de tutela. Com o advento do CDC, ganhou tratamento diferenciado a antecipação da tutela em relação às obrigações de fazer e de não fazer, priorizando-se a tutela específica em detrimento da condenação à indenização pelas perdas e danos.

O art. 84 deste diploma, cuja redação foi repetida no art. 461 do CPC, garante um tratamento especial a ser conferido para essas obrigações, evitando sua conversão em compensação pecuniária. Se esse regramento ganha contornos relevantes para o processo individual, através do art. 461 do CPC, nitidamente em relação a direitos extrapatrimoniais, para o processo coletivo o dispositivo é de suma importância, já que o ressarcimento monetário, não raro, não se adéqua ao interesse coletivo. Em grande parte dos processos coletivos, o dano é de grandes proporções e irreversível, como é perceptível em casos como de degradação ambiental, fazendo com que a reparação pecuniária seja apenas um paliativo, insuficiente para a tutela do direito, ainda que fixada em valor considerável. Nesse sentido, ganha forças também a antecipação de tutela, instituto hábil a evitar o dano.²⁰⁸

O art. 84, complementando o art. 83 do CDC,²⁰⁹ concede maiores poderes e instrumentos mais efetivos para “conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, mais plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto”,²¹⁰ permitindo a utilização de quaisquer espécies de ações para a tutela dos direitos coletivos.

Como mencionado em relação ao art. 461 do CPC, o art. 84 do CDC permite que o juiz determine a medida que melhor realize na prática o direito material postulado, podendo se valer de medidas coercitivas, como a imposição de multa ao obrigado – na periodicidade e no valor que julgar convenientes –, ou sub-rogatórias.

²⁰⁸ MANCUSO, R. C. *Op. cit.*, p. 209.

²⁰⁹ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 347.

²¹⁰ GRINOVER, A. P. *et alii. Op. cit.*, p. 110.

O preceito admite, no §1º, a conversão da obrigação em perdas e danos apenas quando o autor optar por essa forma de cumprimento ou quando impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. No processo individual, o art. 461 do CPC tem a mesma redação, deixando ao credor uma margem de escolha a respeito da forma de cumprimento da obrigação.

No processo coletivo, como o direito não é de titularidade do autor, ou não apenas só sua, defende-se que a interpretação do dispositivo deve ser restritiva, de forma a estabelecer uma “*ordem hierárquica e escalonada de provimentos jurisdicionais*”,²¹¹ de modo que o legitimado ativo coletivo não tem a margem de escolha disponível aos autores de demandas individuais.²¹²

Deve-se, portanto, preferir a tutela específica ou resultado prático equivalente em detrimento de sua conversão em perdas e danos, seja porque na maioria dos casos os direitos transindividuais são extrapatrimoniais, o que dificulta sua valoração, seja porque quando há condenação o valor correspondente é depositado no Fundo de Direitos Difusos e perde a vinculação com o direito coletivo que lhe deu origem,²¹³ seja, ainda, porque a eficácia da prestação *in concreto* não consegue nunca ser suprida pela conversão em perdas e danos.²¹⁴

Assim, para evitar que aquele bem determinado fique sem tutela, embora tenha sido objeto de ação judicial, de modo geral, dá-se preferência à reparação ou à compensação específica e localizada, utilizando-se do regime das perdas e danos apenas de forma supletiva.²¹⁵

Ressalte-se que essa solução não contraria o art. 83 do CDC. Todos os tipos de tutela podem ser utilizados para proteger adequadamente o direito material transindividual. Contudo, como o legitimado ativo coletivo não tem poder de disposição em relação ao objeto da ação, o legislador estabeleceu previamente a prioridade à tutela específica ou ao resultado prático equivalente, deixando a reparação por perdas e danos apenas para o caso de impossibilidade das duas

²¹¹ LENZA, P. *Op. cit.*, p. 357. Destaque no original.

²¹² LENZA, P. Efectividad del proceso colectivo: el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica y el derecho brasileño, p. 169.

²¹³ ARENHART, S. C. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, p. 19-20.

²¹⁴ MANCUSO, R. C. *Op. cit.*, p. 209.

²¹⁵ VENTURI, E. *Execução da tutela coletiva*. p. 86. No mesmo sentido: DANTAS, M. B. *Op. cit.*, p. 405-406.

primeiras.²¹⁶ Desse modo, a margem de discricionariedade de que dispõe o autor de uma ação individual não existe na ação coletiva.

Assim, há uma ordem de preferência taxativa constante da legislação, até porque o art. 11 da LACP já determinava a concessão de tutela específica em casos de obrigação de fazer e de não fazer. O dispositivo é categórico ao afirmar que nesses casos o juiz “determinará” a realização da prestação específica ou a cessação da atividade nociva.²¹⁷ Não se nega a veiculação da pretensão de ressarcimento pecuniário ou a concessão de algum tipo de provimento,²¹⁸ apenas se estabelece uma gradação legal tendo em vista a adequada proteção dos titulares do direito coletivo.

Essa interpretação, a nosso ver, é a que está em maior conformidade com o sistema de tutela coletiva.

4.1.4 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – obrigações de entregar coisa

Não há, no microssistema de tutela coletiva, um regramento específico para obrigações de entregar coisa, motivo pelo qual se aplica subsidiariamente o CPC – de acordo com o art. 19 da LACP e o art. 90 do CDC. Assim, também nas ações coletivas deve ser aplicado o art. 461-A do CPC, mais especificamente seu §3º, que admite o mesmo regramento das obrigações de fazer e de não fazer.

Dessa forma, como também ocorre em relação aos processos individuais, o art. 273 do CPC apenas é aplicado aos casos que refogem às obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa.

No âmbito da tutela coletiva, portanto, são estes os dispositivos – art. 12 da LACP/art. 273 do CPC, art. 84 do CDC e art. 461-A do CPC – que tratam da antecipação de tutela, motivo pelo qual passamos a analisar os requisitos exigidos

²¹⁶ MARINONI, L. G. A tutela específica do consumidor, p. 44.

²¹⁷ “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

²¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Op. cit.*, p. 109.

pela legislação para que seja possível antecipar os efeitos do provimento final coletivo.

4.2 ASPECTOS ESPECÍFICOS

4.2.1 Requisitos

O dispositivo da LACP (art. 12) não menciona requisito algum para a concessão da liminar. Há quem afirme que os pressupostos devem ser encontrados na própria LACP, analisando-a sistematicamente. Assim, seriam necessários “a possibilidade de lesão aos valores por ela tutelados e o perigo da demora”,²¹⁹ o que, a rigor, não difere substancialmente dos requisitos exigidos pelo CPC (arts. 273, 461 e 461-A) e pelo CDC (art. 84).

De todo modo, é inviável que a antecipação de tutela seja feita sem qualquer requisito que sirva de referência para a análise do caso concreto, motivo pelo qual se buscam os pressupostos do CPC, que traz disciplina mais detalhada.

Com a aplicação do art. 273 do CPC às ações coletivas, os requisitos da antecipação de tutela são aqueles já mencionados no item 2.2.1 deste trabalho: prova inequívoca da verossimilhança da alegação (*caput*), juntamente com fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II), ou, ainda, existência de pedido incontroverso (§6º).

Também o art. 17 do PL 5139/09 estabelece como requisitos o “relevante fundamento da demanda” e o “receio de ineficácia do provimento final”. Tais expressões são as mesmas do art. 461 do CPC,²²⁰ as quais são equivalentes à prova inequívoca da verossimilhança da alegação e ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, *caput* e inciso I, do CPC). O §2º do

²¹⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória, p. 341.

²²⁰ Vide *supra*, item 2.2.

dispositivo do Projeto de Lei prevê as demais hipóteses de antecipação da tutela, correspondentes ao inciso II e ao §6º do art. 273 do CPC.²²¹

Contudo, considerando a equivalência entre os requisitos mencionados pelos dispositivos, a nosso ver, diante da inexistência de exigências no art. 12 da LACP, devem ser utilizados os do art. 84 do CDC no caso de justificado receio de ineficácia do provimento final.²²² Na hipótese de abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório do réu ou quando houver pedido incontroverso, estaria autorizada a aplicação dos requisitos do art. 273 do CPC, diante da ausência de previsão legislativa específica.

Ressalte-se, ainda, que, conforme José Augusto Rodrigues Pinto, a antecipação de tutela em processos coletivos exige uma “prudência qualificada” do juiz, já que os efeitos “ínsitos nas consequências enérgicas de seu deferimento se farão sentir muito mais seriamente quando implementadas no terreno infinitamente maior do coletivo e do difuso.”²²³

Com efeito, as consequências dos provimentos judiciais dados em processos coletivos tendem a ser consideravelmente maiores do que aquelas dos processos individuais. Além disso, não raro, nas ações coletivas estão em confronto direitos igualmente relevantes, que reclamam um juízo de ponderação mais acurado,²²⁴ de modo que, aceitos os requisitos para a antecipação de tutela nos mesmos moldes das ações individuais, a utilização da antecipação de tutela em processos coletivos é mais delicada e exige diligência maior, sendo que essa diferenciação decorre da própria natureza das ações coletivas.

Por fim, cabe mencionar que no caso da antecipação de tutela contra o Poder Público, exige-se a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas. Esse requisito, para as demandas coletivas, é previsto

²²¹ No caso de abuso do direito de defesa do réu ou manifesto propósito protelatório, o PL 5139/09 não exige, expressamente, o relevante fundamento da demanda. Contudo, entendemos que ou este requisito também deve estar presente, sob pena de a antecipação de tutela estar não ter fundamento material e representar uma sanção a quem se utiliza legitimamente dos instrumentos processuais de defesa; ou a defesa apresentada deve ser manifestamente improcedente.

²²² Embora tenhamos afirmado que o significado dos requisitos é o semelhante àqueles constantes do art. 273 do CPC, entendemos que a aplicação do art. 84 do CDC é mais adequada tecnicamente em razão de o dispositivo ser previsto no microsistema de processos coletivos.

²²³ *Apud* MANCUSO, R. C. *Ação civil pública; em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, p. 100.

²²⁴ SILVA, Bruno Campos. As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental. Tutela antecipada e cautelar. p. 3694.

no art. 2º da Lei 8.347/92 e no art. 22, §2º, da Lei 12.016/09 – neste caso especificamente em relação ao mandado de segurança coletivo.

O motivo de tal exigência é a “defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em processos coletivos”,²²⁵ mas há casos em que sua aplicação pode acarretar ineficácia e inutilidade da prestação jurisdicional, quando, então, poderá ser afastada através do controle difuso de constitucionalidade.²²⁶

4.2.2 Legitimidade e interesse processual

Em relação ao processo coletivo, além dos requisitos para a antecipação de tutela, relevante analisar a legitimidade para seu requerimento e a existência de interesse processual dos legitimados coletivos.

Os legitimados ativos coletivos, como mencionado no item 3.2.1, são definidos pela lei, sendo lícito, em princípio, apenas a esses entes previamente definidos postular em sede de ações coletivas. Assim, em um primeiro momento apenas eles poderiam solicitar ao juiz a antecipação dos efeitos da tutela final.

Há possibilidade de a ação ser proposta em litisconsórcio ativo entre os legitimados (art. 5º, §§ 2º e 5º, da LACP), quando poderiam pleitear a antecipação da tutela juntamente com os pedidos iniciais ou no curso do processo, a qualquer tempo (art. 273, §4º, do CPC). Também em caso de litisconsórcio ativo ulterior é legítimo que o novo autor da demanda postule a antecipação da tutela.

Embora não sejam beneficiados pela antecipação de tutela, os legitimados buscam a adequada proteção dos direitos coletivos, motivo pelo qual possuem interesse processual em seu deferimento.

Um legitimado que não está preocupado com a urgência experimentada empiricamente pelos titulares do direito ou que não dá a devida atenção ao

²²⁵ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 327.

²²⁶ Consta do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido na ADIn 233-6/DF, que não se pode definir *a priori* quando a concessão de uma medida liminar é razoável e quando é abuso de limitação e “afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário”, de modo que essa análise deve ficar ao crivo do controle difuso, em cada caso concreto. (DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Op. cit.*, p. 328.)

processo, ao ponto de não perceber o manifesto propósito protelatório do réu, o abuso do direito de defesa ou a existência de pedido incontroverso, impede que a adequada e devida tutela seja prestada pelo Judiciário, mostrando-se como um representante, ao menos, relapso²²⁷ e que carece, nitidamente, de representatividade adequada.

Além dos legitimados ativos elencados pelo legislador, também os titulares do direito, individualmente, podem atuar no processo como litisconsortes, nos termos do art. 94 do CDC. Pelo fato de não serem legitimados para a propositura de ações coletivas – com exceção da ação popular – há quem afirme a impossibilidade de que as vítimas ou sucessores que eventualmente ingressem na lide sejam vistos propriamente como litisconsortes.

A natureza dessa participação individual na ação civil pública é controvertida na doutrina. Há quem a defina como assistência litisconsorcial,²²⁸ qualificada²²⁹ ou mesmo litisconsórcio.²³⁰

De todo modo, com maior ou menor restrição, os intervenientes detêm poder postulatório, principalmente no caso de se entender que se submetem aos efeitos da coisa julgada em qualquer caso, em uma interpretação a *contrario sensu* do art. 103, §2º, do CDC.²³¹

Dessa forma, o requerimento da antecipação de tutela pode ser feito tanto por aqueles que são legitimados pelo legislador quanto por aqueles indivíduos titulares do direito individual homogêneo que ingressarem no processo como litisconsortes ativos, sempre de forma genérica e para tutelar os direitos individuais naquilo que têm de homogêneo.

²²⁷ Em que pese o aumento dos poderes do juiz nas ações coletivas, ele não se vincula à tutela daqueles representados pelos legitimados ativos coletivos e muitas vezes não tem conhecimento a respeito do que não está informado nos autos do processo, de modo que um representante inadequado pode trazer prejuízo à tutela dos direitos coletivos.

²²⁸ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 56.

²²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Op. cit.*, p. 902.

²³⁰ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo*, p. 306-309.

²³¹ VENTURI, E. *Idem, ibidem*.

4.2.3 Possibilidade de antecipar a tutela final de ofício

Tendo em vista que as ações coletivas têm por objeto direitos com relevância social e que envolvem interesse público, o magistrado, como representante do Estado e como agente ativo diante das novas demandas sociais, com seus poderes de condução do processo ampliados, tem o dever de gerir a tramitação processual de forma a melhor atender aos interesses dos jurisdicionados considerando como tais tanto aqueles representados no polo ativo quanto aqueles constantes do polo passivo.²³²

Apoiado na amplitude do objeto da ação coletiva e dos efeitos das decisões, no aspecto político do processo coletivo, no fato de que os verdadeiros titulares do bem coletivo não estão efetivamente participando da relação processual, bem como nos art. 83 e 84 do CDC, o magistrado recebe ainda maior responsabilidade pela condução do processo e se lhe exige maior atuação, rejeitando-se a figura do juiz inerte.

Isso é também necessário porque o controle da representatividade adequada, seja do legitimado ativo, seja de seu advogado, não é tão rígido no Brasil como o é nas *class actions* norte-americanas, o que exige que o processo não fique ao alvedrio das partes.

Interpretação de acordo com o processo civil individual permite afirmar que devem ser observados os requisitos do art. 273, no caso de antecipação de tutela, e os do Livro III, no caso de cautelar, sendo que apenas esta poderia ser concedida de ofício, não a primeira.²³³

Contudo, quem defende a aplicação de uma sistemática especial para a antecipação de tutela nas ações coletivas, devido à inexistência de requisitos constantes da LACP, afirma que a liminar poderia ser concedida de ofício, apoiada no desenho processual do instituto do poder geral de cautela do juiz e na fungibilidade e intercomunicabilidade entre medidas de urgência.²³⁴

²³² Como, aliás, seria também adequado no processo individual, se não fosse o dogma da imparcialidade do juiz.

²³³ DANTAS, M. B. *Op. cit.*, p. 389.

²³⁴ FERNANDES, Iara de Toledo. Tutela de urgência na Ação Civil Pública, p. 360. FIGUEIREDO, L. V. *Op. cit.*, p. 340.

Esse posicionamento não é isolado na doutrina. A mitigação dos princípios dispositivo e da adstrição da decisão ao pedido é amplamente reconhecida pelos juristas no âmbito do processo coletivo,²³⁵ da mesma forma que a necessidade de um juiz mais atuante e sensível aos interesses coletivos. Para Marcelo Abelha Rodrigues, a relativização do princípio dispositivo é imperativa nos processos coletivos, devendo o magistrado se aproximar do princípio inquisitivo em razão da natureza pública do direito material envolvido.²³⁶

Assim, presentes os requisitos mencionados e feita a oitiva do representante do poder público, quando não for o caso de dispensá-la, segundo esses autores, o magistrado estaria autorizado a antecipar a tutela, mesmo que ausente o requerimento do autor coletivo.

Luiz Fux defende a atuação de ofício do magistrado mesmo em processos individuais, conferindo nova interpretação ao princípio dispositivo a fim de adequá-lo às demandas sociais e ao necessário recurso ao Judiciário. Respeitados os limites da disponibilidade material, propõe o autor

a atuação do juízo diante de um estado de perigo, como decorrência de seu poder-dever de segurança, independentemente de provocação da parte, e a partir do momento em que chegue ao conhecimento do mesmo a ‘ameaça de grave lesão ao direito de um cidadão’ que reclame tutela urgente.²³⁷

Também José Roberto dos Santos Bedaque assevera que, em casos excepcionais, em que os requisitos legais estão preenchidos e não há pleito da parte pela antecipação da tutela, a atuação do magistrado por sua própria iniciativa “constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo”.²³⁸ Tal assertiva se assemelha à teoria dos poderes implícitos,²³⁹ mais notadamente aplicada no âmbito do direito administrativo.

²³⁵ YOSHIDA, C. Y. M. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença, p. 367. LENZA, P. Efectividad del proceso colectivo: el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica y el derecho brasileño, p. 168. ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 156.

²³⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 161.

²³⁷ FUX, L. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, p. 79-80.

²³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 413.

²³⁹ Como afirma Luiz Fux, “É, em resumo, uma publicização da jurisdição, através da qual se concedem ao magistrado poderes instrumentais e necessários ao exercício de seus deveres.” (FUX, L. *Op. cit.*, p. 76.)

Sérgio Cruz Arenhart também defende “o abrandamento do rigor do princípio da demanda” quando isso for necessário para melhorar a prestação jurisdicional, a realização dos direitos materiais ou a realização dos objetivos do Estado brasileiro, mantida a imparcialidade do juiz e desde que previsto na legislação.²⁴⁰

No mesmo sentido, o Projeto de Lei 5139/09 não exige pedido do autor para a antecipação da tutela, consoante seu art. 17. Prevê o dispositivo, expressamente, que o magistrado pode, de ofício, antecipar os efeitos da tutela pretendida.

Diante da amplitude das ações coletivas e do aspecto político e multidisciplinar que as envolve, o Projeto de Lei, ainda que alterado posteriormente durante a sua tramitação, se mostra como consolidação do entendimento doutrinário do que seria adequado para a devida tutela dos direitos coletivos, tendo em vista a composição da Comissão Especial formada pelo Ministério da Justiça para a elaboração deste projeto.²⁴¹ Assim, percebe-se que a ampliação dos poderes do juiz é vista como imperativo para assegurar a adequada tutela dos direitos coletivos, de modo a evitar que assista passivamente à situação de perigo que demanda uma tutela urgente quando a antecipação não foi postulada.²⁴²

Ademais, tendo em vista que nas ações coletivas os legitimados ativos são representantes dos reais titulares do direito defendido em juízo, bem como que inexistente controle sobre a representatividade do advogado, não se pode negar aos titulares a efetivação do seu direito porque seu representante foi negligente ou não atentou para a necessidade de antecipar a tutela.²⁴³ Essa perspectiva autoriza a antecipação da tutela de ofício também para a tutela de direitos individuais homogêneos.

²⁴⁰ ARENHART, S. C. *Reflexões sobre o princípio da demanda*, p. 25-26.

²⁴¹ A composição da Comissão Especial, juristas reconhecidos por sua doutrina e atuação na tutela coletiva, consta do site <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-23/ministerio-justica-contesta-rejeicao-pl-acao-civil-publica>>. Acesso em 01/07/2012.

²⁴² Para Pedro Lenza, a necessidade de uma magistratura mais ativa na condução do processo é um ponto sensível para a efetividade do processo coletivo, juntamente com a necessidade de representantes adequados, a coisa julgada e a utilidade das decisões. (LENZA, P. *Efectividad del proceso colectivo: el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica y el derecho brasileño*, p. 160)

²⁴³ Conforme Luiz e Teresa Arruda Alvim Wambier, “razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional” (*apud* DANTAS, M. B. *Op. cit.*, p. 397).

Assim, a atuação de ofício do juiz na antecipação da tutela coletiva permite a efetividade da atividade jurisdicional e dos fins estatais, respeitados os limites inerentes ao instituto.

4.2.4 Limites e efetivação da antecipação de tutela

A respeito dos limites da antecipação de tutela, relevante mencionar a restrição dos efeitos da coisa julgada das ações coletivas feita pela redação do art. 16 da LACP. São conhecidas as críticas feitas a esse dispositivo, que permite que o mesmo direito seja tutelado de forma distinta em cada comarca ou região, trazendo situações paradoxais²⁴⁴ e violando o princípio da unicidade da jurisdição.

A análise da questão com maior profundidade sairia do foco proposto para o presente trabalho, motivo pelo qual acreditamos ser suficiente mencionar que, de qualquer forma, tanto no caso de se entender que há efetiva restrição dos efeitos da decisão²⁴⁵ como de que o dispositivo é inócuo,²⁴⁶ isso também se aplicará para a antecipação de tutela.

A antecipação dos efeitos da tutela final, como não poderia deixar de ser, deve corresponder aos efeitos que eventual sentença de procedência vier a ter, obedecendo a natureza e os limites do processo em que é proferida.²⁴⁷ Assim, a análise das balizas que devem ser respeitadas para a antecipação da tutela tomará por base a classificação das eficácias buscadas como provimento final – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, já mencionadas nos itens 3.3.1 e 3.3.2.

²⁴⁴ MANCUSO, R. C. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, p. 101.

²⁴⁵ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 27/7/85)*, p. 417-418; STF, ARE 653956 AgR/PE, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 20/03/2012.

²⁴⁶ LENZA, P. *Teoria geral da Ação Civil Pública*. p. 282-288; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*apud* ALMEIDA, G. A. *Op. cit.*, p. 357); ALMEIDA, J. B. de. *Op. cit.* p. 124.125; STJ, REsp 1243386/RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/06/2012.

²⁴⁷ ZAVASCKI, T. A. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 187.

4.2.4.1 Eficácias declaratória e constitutiva

Partindo da premissa antes exposta de que a sentença condenatória genérica prevista no art. 95 do CDC tem maior carga declaratória do que condenatória e considerando que a redação do dispositivo parece limitar a espécie de provimento final possível na demanda coletiva que tem como objeto direitos individuais homogêneos, a antecipação dos efeitos da tutela seria, na quase totalidade dos casos, impossível, ou mesmo inútil.²⁴⁸

Ausentes os elementos que configuram a responsabilidade civil, não há como estabelecer – declarar – que o réu é provisoriamente responsável pelos danos.²⁴⁹ Mesmo que isso ocorresse, as execuções provisórias individuais trariam ao Judiciário o volume de processos que a tutela coletiva busca evitar.

No caso de haver provas da responsabilidade, seria o caso de julgamento da lide.

Assim, aplicando o entendimento segundo o qual não é possível a antecipação da declaração ou da constituição pretendida, por ausência de interesse prático em tal provimento, essa é uma primeira restrição à antecipação de tutela, que, contudo, não se restringe às ações coletivas.

Os efeitos dessas tutelas – o resultado prático que a declaração ou a constituição produziria –, contudo, são passíveis de antecipação e, nesse caso, adentram na forma de efetivação dos provimentos tipicamente mandamentais e executivos.

Embora a sentença seja proferida, de regra, genericamente, tendo em vista que o legitimado ativo coletivo, durante o processo de conhecimento, apenas postula a respeito de matérias comuns a todos os titulares do direito, se possível, o juiz está autorizado a quantificar a indenização na sentença.²⁵⁰ Ainda que assim proceda, tal

²⁴⁸ ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 142.

²⁴⁹ Como mencionado no item 4.2.4, a eficácia declaratória não é passível de antecipação, por inexistir interesse empírico em tal provimento, embora seus efeitos práticos possam ser antecipados.

²⁵⁰ Há previsão nesse sentido no art. 26 do PL 5139/09.

sentença não caracteriza julgamento *ultra petita*,²⁵¹ pois atende a um dos escopos da tutela coletiva, qual seja, a redução do número de processos individuais.

Nesse caso, a sentença não é meramente declaratória da responsabilidade do réu, mas condenatória, já fixando o valor devido a cada um dos titulares do direito. A sua antecipação, contudo, sofreria os mesmos limites mencionados em relação à eficácia declaratória e constitutiva justamente porque a pretensão inicial é nesse sentido e porque essa condenação depende do reconhecimento da responsabilidade civil do réu.

4.2.4.2 Eficácia condenatória

Em relação à pretensão condenatória ao pagamento de soma em dinheiro, há quem afirme a impossibilidade de antecipação de tutela, já que sua efetivação dependeria de liquidações e execuções individuais para comprovar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação,²⁵² sendo inviável a execução provisória, em sede de liminar.

Contudo, conforme Sérgio Cruz Arenhart, a execução por expropriação não é a única forma de realizar uma decisão judicial que determina o pagamento de dinheiro, podendo ser utilizados meios de indução e de sub-rogação.²⁵³ Nesse sentido, já houve reconhecimento de Tribunal Superior da possibilidade de ser prolatada sentença mandamental para a efetivação de condenação à entrega de soma em dinheiro em ação civil pública.²⁵⁴

Com esse entendimento, afasta-se também a afirmação de que em caso de sentença condenatória seriam necessárias liquidações individuais que, estas sim, culminariam com uma sentença mandamental.²⁵⁵

²⁵¹ GRINOVER, A. P. *et alii*. *Op. cit.*, p. 152.

²⁵² ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 241.

²⁵³ ARENHART, S. C. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, p. 24-25. Ainda, GAVRONSKI, A. A. *Op. cit.*, p. 66.

²⁵⁴ STJ, REsp 767741/PR, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15/12/2009.

²⁵⁵ MARINONI, L. G. A tutela específica do consumidor, p. 50.

Alguns autores afirmam que se a fixação de um montante indenizatório pode acontecer na sentença também o poderia em antecipação de tutela, desde que seja o bem da vida perseguido – e não indenização por perdas e danos. Neste sentido, haveria tutela específica.²⁵⁶

Com efeito, em se tratando de perdas e danos, é necessário que o indivíduo apresente liquidação de sentença para comprovar os danos sofridos e o nexo causal com a conduta do réu. Isso não é necessário quando o objeto da lide é a entrega de dinheiro, porque nesse caso os indivíduos lesados são determinados – pelo menos quando o réu tiver condições de identificá-los.

A respeito da pretensão condenatória, quando a condenação não puder ocorrer na forma específica, o que autorizaria o uso das técnicas de efetivação previstas para os provimentos mandamentais e executivos, a forma mais utilizada é a expropriação.

Quando da sentença, a efetivação do provimento é feita através de processos de liquidação autônomos, como já mencionado. Em caso de antecipação de tutela para a tutela de direitos individuais homogêneos, ou se abre espaço para o ajuizamento de execuções provisórias individuais,²⁵⁷ ou o juiz deve proferir uma decisão mandamental ou executiva *lato sensu*.

No primeiro caso, a vantagem é que o próprio indivíduo se responsabiliza em relação a eventuais danos que ocorram ao réu por estar requerendo a efetivação da execução, manifestando expressamente sua vontade. Na segunda hipótese, a vantagem consiste no fato de se prescindir de processos individuais, o que evita o aumento de ações com o mesmo objeto e, assim, vai ao encontro do escopo das ações coletivas.

A nosso ver, em razão da finalidade que se busca com a tutela coletiva, é mais adequado que a decisão antecipatória da tutela independa da propositura de demandas individuais, utilizando-se as técnicas mencionadas no art. 84 do CDC, as quais podem ser mandamentais ou executivas *lato sensu*.²⁵⁸ Sendo finalidade a redução do número de ações individuais idênticas, evitar os processos de execução, mormente quando provisória, é decorrência lógica.

²⁵⁶ GAVRONSKI, A. A. *Op. cit.*, p. 67.

²⁵⁷ REsp 1077638/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04/11/2010.

²⁵⁸ DANTAS, M. B. *Op. cit.*, p. 400-402.

Nesse sentido, no caso de prestações pecuniárias, o art. 26 do PL 5139/09 admite que seja imposta multa ou outras medidas indutivas, coercitivas e subrogatórias, de ofício, a fim de que a efetivação do provimento ocorra sem a necessidade de execução.

Mesmo em relação aos processos individuais, José Roberto dos Santos Bedaque afirma a necessidade de o juiz determinar a forma mais adequada para a efetivação de sua decisão.²⁵⁹

4.2.4.3 Eficácias mandamental e executiva

No que tange às obrigações de fazer e de não fazer, efetivadas através das técnicas mandamentais e executivas, a antecipação de tutela é mais aceita pela doutrina quando a ação coletiva visa proteger direitos individuais homogêneos.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho admite a antecipação de tutela apenas nesses casos, quando a tutela for eminentemente preventiva, pois “é possível a formulação de decisões mandamentais completas quanto ao comportamento a ser assumido pelo réu”.²⁶⁰

Como o regramento para as obrigações de entrega de coisa segue o mesmo das de fazer e de não fazer (art. 461-A, §3º, CPC), também admitimos a antecipação dessas pretensões, notadamente quando se busca evitar o dano (tutela preventiva), mas não apenas. Também quando se verificar o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu ou, ainda, houver algum pedido incontroverso, é possível a antecipação da tutela.

Afirma-se ainda que o dano irreparável ou de difícil reparação apenas poderia ser avaliado diante de um caso concreto, analisando a situação individual do titular do direito.²⁶¹ Discordamos desse entendimento, contudo.

²⁵⁹ Para o autor, a antecipação de tutela é uma forma de provimento cautelar e, então, o juiz poderia determinar meios para que fosse assegurado o cumprimento do direito do autor, como o depósito de dinheiro na conta da autora. BEDAQUE, J. R. S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 430.

²⁶⁰ ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 241.

²⁶¹ ARAÚJO FILHO, L. P. S. *Idem*, p. 143-144.

Considerando que o legitimado ativo coletivo pleiteia tutela apenas em relação ao que é comum a todos os indivíduos titulares do direito individual homogêneo e que o dano temido para a antecipação de tutela deve ser ligado diretamente à conduta do réu,²⁶² é possível que a tutela seja antecipada com fundamento no risco de dano irreparável ou de difícil reparação para os direitos coletivamente considerados.

Assim, as decisões mandamentais e executivas *lato sensu* são as que mais se adéquam às pretensões normalmente esboçadas nas ações coletivas – relativas a obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa diversa de dinheiro – mas também em relação a obrigações de pagamento de quantia.

Em razão da urgência, essas técnicas são regularmente utilizadas nos casos de antecipação de tutela, não apenas nos processos coletivos, pois são as que ficam mais próximas do “ideal de efetividade para situações urgentes”.²⁶³

4.2.4.4 *Astreintes*

Para estimular o cumprimento da liminar concedida, o §2º do art. 12 da LACP estabelece a possibilidade de fixação de multa contra o obrigado, a qual incide a partir do descumprimento da ordem judicial dada na liminar. Considerando o regime vigente à época de sua edição, a previsão da multa representou um grande avanço, atuando sobre a vontade do obrigado de forma a compeli-lo ao cumprimento de uma ordem judicial.

Em um momento em que ainda vigia o entendimento tradicional de que não era possível atuar sobre a vontade pessoal do obrigado, esse dispositivo foi uma inovação considerável.

Atualmente, a fixação de multa como meio coercitivo para estimular o obrigado ao cumprimento da decisão judicial é prevista também em outros dispositivos, além do art. 12 da LACP, como no art. 84 do CDC e no art. 461 do CPC, aplicável ao art. 461-A do CPC, por autorização de seu §3º, e ao regramento

²⁶² MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*, p. 156.

²⁶³ ABELHA, M. *Op. cit.*, p. 170.

do art. 273 do CPC, por analogia. Em todos esses casos, nas ações individuais, o valor é revertido para o autor, embora seu fundamento seja o descumprimento de uma obrigação judicialmente imposta.

Há parcela da doutrina, contudo, que critica esse entendimento. O equívoco, sustenta-se, está em afirmar que a multa é devida ao autor. Uma vez que a multa é devida pelo descumprimento de uma determinação judicial, seu valor deveria ser revertido ao Poder Público, especificamente ao Judiciário, que teve sua autoridade desafiada.²⁶⁴

Há quem defenda que a multa deve ser revertida para o mesmo destinatário da condenação,²⁶⁵ que, de regra, nas ações coletivas, é o Fundo de Direitos Difusos, mas nem sempre isso se verifica, como no caso dos direitos individuais homogêneos, em que os destinatários são os indivíduos titulares do direito.

De todo modo, o valor que eventualmente for arrecadado com a execução da multa reverte para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme prevê o art. 2º, II, do decreto que o regulamenta (Decreto nº 1.306/94), ou para os fundos estaduais que tenham o mesmo objetivo.²⁶⁶

A cobrança da multa, de acordo com a Lei, apenas pode ocorrer depois do trânsito em julgado da decisão favorável ao beneficiado – do contrário, afirma-se que aquele que, ao final, não tem razão enriqueceria às custas de quem foi vencedor no processo²⁶⁷ –, embora seja contada desde o descumprimento (art. 12, §2º, da LACP).

Contra essa determinação legal, defende-se que, por ser a multa imposta para o caso de descumprimento, uma vez configurado, sua cobrança estaria autorizada, independentemente do resultado final do processo. Nesse sentido, o art.

²⁶⁴ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de Processo Civil. Execução*, p. 76-77; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 309.

²⁶⁵ MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de. *Breves considerações sobre a tutela antecipada no processo coletivo*.

²⁶⁶ STJ, REsp 794752, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 12/04/2010; STJ AgRg no REsp 665994, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 17/12/2004.

²⁶⁷ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 330.

17, §3º, do Projeto de Lei 5139/09, estabelece que a multa pode ser cobrada de imediato, através de execução *definitiva*²⁶⁸ em autos apartados.

Contrastando com essa busca de efetividade empírica das decisões liminares, o instituto da suspensão de segurança permite que a execução de liminar ou sentença contrária ao Poder Público seja suspensa, quando se impede que haja incidência da *astreinte*.

4.3 SUSPENSÃO DE LIMINAR CONCEDIDA CONTRA O PODER PÚBLICO

A limitação dos casos em que é possível a antecipação de tutela contra o Poder Público foi tratada no item 2.2.4 deste trabalho. Neste momento cabe observar que, além das restrições já mencionadas, é possível a suspensão da antecipação de tutela, a partir de solicitação da pessoa jurídica de direito público ao Presidente do Tribunal competente para analisar eventual recurso.

O instituto é amplamente conhecido nas ações em que a Administração Pública participa, tendo previsão mais detalhada nas leis 12.016/09, art. 15, e 8.437/92, art. 4º.²⁶⁹

A finalidade da concessão da suspensão da liminar contra o Poder Público, que tem eficácia até o trânsito em julgado do processo, é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública,²⁷⁰ sendo um expediente que exige considerável cautela e diligência em sua aplicação.

No âmbito das ações coletivas, não há um tratamento diferenciado para a aplicação dessa medida de natureza cautelar,²⁷¹ havendo diferenças decorrentes da diversidade de objetos das demandas individuais e das coletivas,²⁷² como também ocorre com a antecipação de tutela, consoante exposto.

²⁶⁸ Ao autorizar a execução definitiva da multa assim descumprida a ordem judicial, parece o PL 5139/09 se filiar à tese de que a multa é uma punição àquele que deliberadamente não observou a decisão, sendo devida independentemente do resultado final do processo.

²⁶⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão de segurança, p. 120.

²⁷⁰ Art. 4º da Lei 8.437/92.

²⁷¹ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. *Op. cit.*, p. 330.

²⁷² VENTURI, E. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, p. 268.

O art. 4º, §1º, da Lei 8.437/92, determina sua aplicação no âmbito da ação civil pública e da ação popular e o art. 1º da Lei 9.494/97 permite que seja aplicada em relação à antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461 do CPC. Mesmo que esses dispositivos não fossem aplicados subsidiariamente ao processo coletivo, o texto original da LACP já previa a utilização do expediente (art. 12, §1º).

Em relação aos direitos difusos e coletivos, poder-se-ia ter alguma dúvida a respeito da possibilidade de suspensão da liminar ou da sentença, tendo em vista que tanto o provimento concedido contra o Poder Público quanto a sua suspensão podem atingir interesses socialmente relevantes,²⁷³ ambos se encaixando, eventualmente, em uma possível definição de “interesse público”. Assim, podem estar em conflito mais de um interesse público/social quando se pretende proteger direito difuso ou coletivo e, ao mesmo tempo, suspender a eficácia da liminar ou da sentença contrária ao Poder Público.

Esses casos devem ser resolvidos através da aplicação das máximas da ponderação e da razoabilidade,²⁷⁴ analisando os interesses públicos em conflito.

Também em relação aos direitos individuais homogêneos, considerando a sua relevância e abrangência social, embora não percam sua natureza individual, exige-se uma análise mais cuidadosa a respeito da suspensão ou não da decisão.

Ressalte-se que a exigência de ponderação e proporcionalidade é algo que também deveria estar presente quando da análise de casos em que se discutem direitos subjetivos em ações individuais.

Assim, verifica-se que não existe um mecanismo substancialmente diferente das ações individuais nas ações coletivas para a suspensão de liminar ou sentença contrária ao Poder Público, devendo-se em ambos os casos fazer um juízo de razoabilidade entre a medida suspensiva requerida e o substrato fático envolvido.

²⁷³ MANCUSO, R. de C. *Op. cit.*, p. 205.

²⁷⁴ VENTURI, E. *Op. cit.*, p. 278.

4.4 AUTONOMIA DA VONTADE DO TITULAR DO DIREITO SUBJETIVO

No que tange à antecipação da tutela para proteção de direitos individuais homogêneos, tendo em vista que os titulares do direito não participam efetivamente da relação processual, necessário verificar de que modo e até que ponto deve ser resguardada sua autonomia da vontade.

Segundo Teori Albino Zavaski, a antecipação deve ser compatível com a natureza da demanda, com os poderes processuais do legitimado ativo e com a autonomia da vontade do representado, titular do direito, que tem liberdade “de vincular-se ou não ao resultado do processo coletivo, de manter ou não a sua situação jurídica no estado em que se encontra.”²⁷⁵ Para o autor, o poder de disposição do direito subjetivo pertence ao seu titular,²⁷⁶ não podendo, sob nenhuma hipótese, o legitimado coletivo pretender atingir diretamente sua esfera jurídica, ainda que em caráter provisório. O legitimado coletivo estaria limitado ao pleito de reconhecimento genérico da responsabilidade civil do réu.²⁷⁷

Também as medidas cautelares teriam essa limitação, já que a legitimação coletiva conferida pelo legislador é apenas para o processo de conhecimento, não para a liquidação e a execução, e que o patrimônio jurídico do substituído não pode ser atingido sem o seu consentimento.²⁷⁸

Assim, impossibilitada estaria a antecipação de qualquer forma de tutela quando a ação coletiva tivesse o objetivo de tutelar direitos individuais homogêneos.²⁷⁹

²⁷⁵ ZAVASCKI, T. A. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 187.

²⁷⁶ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 124-125.

²⁷⁷ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. *Op. cit.*, p. 94. Para o autor, a liquidação da sentença tem uma função muito mais importante do que a individuação da condenação, “que é a de respeitar o exercício do direito individual e de personificar o interesse genericamente reconhecido, permitindo, destarte, o seu tratamento como legítimo *direito subjetivo*.” (ARAÚJO FILHO, L. P. da S. *Op. cit.*, p. 125.)

²⁷⁸ ZAVASCKI, T. A. *Op. cit.*, p. 187.

²⁷⁹ No caso dos direitos coletivos e difusos, a antecipação de tutela deveria desconsiderar a conflituosidade interna, tema tratado por Pedro Lenza (LENZA, P. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, p. 366-367).

Diante do que se defendeu acima a respeito da possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público (item 3.2.1.1) e da prolação de decisões antecipatórias das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, não há como concordar com esse entendimento. Conforme sustenta Sérgio Cruz Arenhart, cujo entendimento foi mencionado no item 3.3.2, a extensão dos efeitos de uma decisão judicial, notadamente as declaratórias e constitutivas, não é passível de controle, seja em ações individuais, seja em ações coletivas, porque é algo imprevisível.²⁸⁰

Considerando que toda decisão judicial tem uma determinada carga declaratória, isso aconteceria em todos os processos. Assim, percebe-se que não há uma violação da vontade individual que ocorre apenas nas ações coletivas.

Consoante expusemos acima, o fato de os direitos individuais serem tratados coletivamente lhes confere relevância social, transcendendo os interesses particulares de cada um dos titulares. São direitos que assumem uma carga coletiva quando em conjunto, não são meramente direitos subjetivos tradicionais, “nem públicos nem privados”.²⁸¹

Ademais, as ações coletivas têm meios para que o indivíduo titular do direito não se vincule ao provimento da ação coletiva: através do *opt out*, previsto no art. 104, do CDC, ou através do ajuizamento de demanda individual, no caso de improcedência da demanda coletiva (art. 103, III, do CDC).²⁸²

Verifica-se que a demanda coletiva apenas interfere nas esferas individuais nos casos em que beneficiar o indivíduo, motivo pelo qual não é adequado inviabilizar a antecipação de tutela que visa melhor proteger o direito material e que, ademais, restringe-se à tutela do que for comum – homogêneo.

Além disso, afirma-se que quando a pretensão for eminentemente particular, não admitindo a generalização característica das ações coletivas, como o pagamento de indenização, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação –

²⁸⁰ ARENHART, S. C. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*, p. 9.

²⁸¹ Para Ada Pellegrini Grinover, é essa relevância social dos direitos individuais homogêneos que autoriza a legitimação ativa do Ministério Público e exige sua atuação como *custos legis* nos casos em que não for autor da demanda. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos*, p. 215-216.)

²⁸² ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 10-11.

caso mais comum de antecipação de tutela – apenas poderia ser analisado diante de um caso concreto.²⁸³

Como o legitimado ativo coletivo apenas pode solicitar tutela à parte comum a todos os direitos individuais homogêneos – porque é justamente isso que caracteriza os direitos individuais homogêneos e o legitima para atuar em uma demanda coletiva – haveria possibilidade de pedir antecipação de tutela, mesmo para entrega de dinheiro, em relação ao que é comum – no caso de ficar caracterizada urgência em relação a todos os direitos individuais, por exemplo – ou em relação aos valores incontroversos.

O grande problema da efetivação dos direitos individuais homogêneos, através de decisões mandamentais ou executivas, em sede de antecipação de tutela, a nosso ver, não é – ou, ao menos, não é principalmente – o imperativo de se considerar a autonomia da vontade do sujeito, pois, embora seja de suma relevância axiológica, muitas vezes o indivíduo é atingido por decisões judiciais sem que haja possibilidade de controle – o que, reiterar-se, não é exclusivo das ações coletivas. A questão primordial é relativa à necessidade de se resguardar o direito de ampla defesa e de retorno à situação jurídica anterior do réu no caso de revogação da liminar.

É certo que deixar em segundo plano a autonomia da vontade do titular do direito individual vai de encontro às bases tradicionais do sistema jurídico, mas maior impacto causa a possibilidade de a demanda coletiva ser julgada improcedente e, mesmo assim, o réu ter que arcar com as mesmas consequências que suportaria em caso de procedência.

Nem se pense, no caso de ser ré uma pessoa jurídica de direito privado, que isso seria aceitável pelo risco da atividade. Ora, se a demanda foi julgada improcedente, evidente que o risco não foi assumido pela ré.

Imaginar o contrário seria admitir a possibilidade de que fosse reconhecido o direito da ré, ou, pelo menos, a ausência de ilegalidade ou irregularidade em sua conduta, mas, independentemente disso, lhe fosse atribuída, legitimamente – através do Poder Judiciário –, uma sanção.

²⁸³ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. *Op. cit.*, p. 144.

Por esse motivo, acreditamos que embora a efetivação da tutela antecipada prescindir de execuções provisórias individuais, quando de sua efetivação deve estar disponível ao titular do direito a opção por não efetivá-la.

Assim, a nosso ver, é adequada a concessão de liminares através de decisões mandamentais ou executivas a serem efetivadas após concordância do titular do direito individual. Para esboçar nosso entendimento, apresentamos alguns exemplos.

No caso de discussão a respeito da possibilidade de cobrança de pedágio em uma determinada localidade, seria adequado determinar a fixação de aviso nos postos de pedágio alertando aos motoristas da existência de ação e aconselhando-os a guardarem os comprovantes de pagamento – a serem utilizados posteriormente em execuções individuais ou, caso dispensadas estas, para que sejam apresentados à concessionária.²⁸⁴ É verdade que essa decisão se caracterizaria como uma liminar cautelar, mas a opção por efetivar ou não o direito reconhecido em sentença seria deixado ao arbítrio de seu titular.

Outra opção, agora nitidamente antecipatória, seria permitir o cadastro dos veículos cujos proprietários desejassem não pagar a tarifa enquanto tiver eficácia a liminar, ou, ainda, suspender a cobrança do pedágio, sem adoção de qualquer dessas medidas – quando a responsabilidade seria do legitimado ativo coletivo que solicitou a antecipação da tutela.

Ainda outro exemplo é mencionado por Luiz Paulo da Silva Araujo Filho:

concessão da liminar simplesmente para autorizar que aqueles que não quisessem recolher a CPMF pudessem deixar de pagá-la, como, por exemplo, determinando que os bancos não recolhessem o tributo dos clientes que, por escrito, solicitassem o cumprimento da liminar, e, assim, ninguém poderia reclamar, depois, da sorte que mereceu, ao final do processo.²⁸⁵

Fixada a possibilidade de antecipação da tutela para a proteção de direitos individuais homogêneos, nos propomos, por fim, a analisar a forma de reparação de

²⁸⁴ No processo nº 2007.70.00.032035-8, que tramita na Seção Judiciária da Justiça Federal no Paraná, a concessionária de uma rodovia entrou com ação visando o reajuste tarifário do valor cobrado no pedágio. Embora não seja uma ação coletiva, mas com reflexos coletivos, a antecipação de tutela foi concedida determinando a fixação de aviso nos postos de pedágio para aconselhar os usuários a guardar os comprovantes de pagamento.

²⁸⁵ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. Tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 366.

eventuais danos causados pela efetivação da antecipação da tutela posteriormente revogada em ações coletivas.

4.5 DANOS DECORRENTES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA EM PROCESSOS COLETIVOS

4.5.1 Exigência de caução

O art. 273 do CPC, em seu §3º, determina que a efetivação da antecipação deve observar o rito da execução provisória – art. 475-O, III, do CPC.

A disciplina da execução provisória exige a prestação de caução, cuja finalidade é resguardar o direito do réu de retornar à situação jurídica anterior no caso de a liminar perder sua eficácia. Ou seja, além de devolver o que não deveria ter sido retirado de sua esfera de disponibilidade, pretende-se garantir eventual indenização por perdas e danos, sempre considerando a responsabilidade objetiva do autor pela efetivação da liminar.

A aplicação restrita desse regramento, contudo, faz com que, muitas vezes, se deixe de observar que o dispositivo (art. 273, §3º, do CPC) determina a aplicação do rito da execução provisória apenas “no que couber e conforme a sua natureza”. Em razão das peculiaridades da antecipação de tutela, defende-se que devem ser seguidos apenas os princípios deste procedimento.²⁸⁶

Essa caução foi pensada para ações individuais, em que o autor da demanda é quem usufrui diretamente da antecipação da tutela. Nas ações coletivas, uma vez que é a coletividade representada pelo legitimado que vai ser beneficiada, a caução tende a ser em um valor consideravelmente elevado, inibindo o legitimado coletivo a fazer um pedido liminar.²⁸⁷

Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes defende que a caução pode ser exigida dos autores individuais em caso de tutela de direitos individuais

²⁸⁶ Tema tratado no item 2.3.

²⁸⁷ GAVRONSKI, A. A. *Op. cit.*, p. 70-71.

homogêneos, já que o legitimado ativo não responde por danos causados a outra parte, exceto no caso de má-fé.²⁸⁸ No caso, a caução seria exigida quando da propositura de execuções provisórias individuais, o que vai de encontro à redução de processos objetivada pelas ações coletivas, além de encontrar percalços na necessidade de divulgação da decisão – o que se sabe ser ainda um ponto fraco das ações coletivas.

Assim, a necessidade de oferecimento de caução configura “ônus considerável ou até mesmo fator impeditivo da efetivação da tutela antecipada”,²⁸⁹ de modo que a efetivação da liminar não deve seguir o regramento estabelecido para as ações individuais.

Se já para as ações individuais é inconstitucional a interpretação que onere demasiadamente o demandante, ao ponto de lhe negar o acesso à justiça, com maior razão isso ocorre nas ações coletivas, em que a tutela jurisdicional de direitos coletivos, nitidamente em relação aos difusos e coletivos, seria impedida pelo próprio ordenamento que pretende protegê-los.

A finalidade inclusiva das ações coletivas exige interpretação flexibilizada dos institutos tradicionais, evitando a denegação da justiça. Diante desse entendimento, em princípio, pode-se defender a possibilidade de ser afastada a necessidade de caução para a efetivação da tutela antecipada nas ações coletivas, inclusive em relação aos direitos individuais homogêneos, para assegurar sua adequada e tempestiva tutela.

4.5.2 Responsabilidade pelos danos causados com a efetivação da tutela antecipada posteriormente revogada

De regra, a responsabilidade por danos causados é subjetiva, ou seja, depende da demonstração de culpa ou dolo. Isso é verdade tanto no âmbito do direito material como em sede processual. Como exemplos, as condutas previstas

²⁸⁸ MORAES, A. C. F. B. de. *Op. cit.*, p. 16-17.

²⁸⁹ FERRAZ, Sergio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública, p. 837.

nos arts. 16 a 18 do CPC, que fazem com que a parte seja qualificada como litigante de má-fé.²⁹⁰

A responsabilidade objetiva, cuja caracterização depende apenas de dano e de nexo causal com a conduta do agente, desprezando sua intenção, depende de previsão expressa nesse sentido. No CPC, essa responsabilidade é atribuída ao sucumbente no processo (arts. 20, 475-O e 811 do CPC).²⁹¹ É o caso, portanto, da hipótese em que a antecipação de tutela concedida liminarmente é revogada na sentença, após cognição exauriente. Além do beneficiário ser responsável pelo retorno à situação anterior do réu, restituindo-a nos mesmos moldes em que estaria caso a antecipação de tutela não tivesse sido efetivada, deve indenizar o réu por perdas e danos.²⁹²

É esse o panorama válido para os processos individuais. Em relação às ações coletivas, defende-se que o autor coletivo apenas responde pelos danos causados com a efetivação de uma liminar no caso de atuar dolosamente, pois somente a conduta anômala e prejudicial poderia gerar o dever processual de indenizar.²⁹³

Fortalecendo o entendimento, o PL 5139/09, no art. 56, determina expressamente a necessidade de ser identificada a má-fé do autor coletivo para que responda pelos danos processuais, buscando estimular a defesa dos direitos coletivos em juízo.

Como o legitimado atua em benefício de terceiros e busca concretizar a garantia de acesso à justiça, a responsabilidade seria objetiva apenas se constatada a má-fé – o que configuraria uma “responsabilidade objetiva mitigada” –, seja através da aplicação do regime da ação popular,²⁹⁴ seja pelo art. 18 da LACP.²⁹⁵

²⁹⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves de. O sistema da responsabilidade civil e os danos processuais nas ações coletivas, p. 44.

²⁹¹ OLIVEIRA, Guilherme Botelho de. *Responsabilidade objetiva em decorrência da efetivação de medidas de urgência no projeto-lei 5139/09*, p. 3.

²⁹² Os Códigos de Processo Civil italiano e português determinam a indenização dos danos causados ao requerido em caso de revogação de medida cautelar apenas em caso de o autor não ter agido com a prudência normal. Codice di Procedura Civile, art. 96, e Código de Processo Civil, art. 390, I. (GOMES JUNIOR, L. M.; OLIVEIRA, R. A. de. *Op. cit.*, p. 46).

²⁹³ OLIVEIRA, G. B. de. *Op. cit.*, p. 3 e 6. O autor afirma que essa questão deveria ser disciplinada de forma diferente em relação aos direitos individuais homogêneos, talvez pressupondo a necessidade de execução provisória para a efetivação da tutela antecipada, mas não chega a tratar do assunto com mais profundidade.

²⁹⁴ GOMES JUNIOR, L. M.; OLIVEIRA, R. A. *Op. cit.*, p. 51. Desta mesma fonte, a expressão “responsabilidade civil mitigada”.

Assevera-se que se o autor popular é isento das custas, que é o mínimo, “com a finalidade de incentivar a sua atuação, que dirá com relação ao máximo – indenização pelos prejuízos causados.”²⁹⁶

A aplicação desse entendimento no caso de proteção de direitos individuais homogêneos, contudo, é mais delicada, seja porque a redação da LAP foi elaborada para disciplinar a tutela de direitos difusos, seja porque o autor coletivo que se responsabiliza pela adequada tutela dos direitos individuais homogêneos não é um cidadão, nos termos definidos pela LAP, mas um representante da coletividade.

Além disso, tanto a LAP quanto a LACP não preveem regras a respeito de danos processuais, mas apenas em relação às custas do processo. Vale lembrar que as custas processuais são suportadas pelo Estado, ao contrário dos prejuízos causados. Assim, há diferença entre o regime de sucumbência – custas processuais e honorários advocatícios – e a responsabilidade por danos causados em razão de medidas judiciais,²⁹⁷ o que torna questionável a aplicação destes diplomas legais em razão da interpretação extensiva dada ao dispositivo.

Em que pese esse posicionamento doutrinário, que não é isolado, como se percebe, José Maria Tesheiner discorda.²⁹⁸ O autor afirma que “não há maior injustiça do que a praticada em nome da própria Justiça”²⁹⁹ e sustenta que a responsabilidade objetiva do autor coletivo no caso de danos decorrentes de liminar posteriormente revogada é necessária em razão da aplicação subsidiária do CPC.³⁰⁰ A jurisprudência parece aderir a este posicionamento.³⁰¹

Com efeito, sob o pretexto de proteção adequada dos direitos coletivos, com a legitimação de representantes que possam atuar em igualdade de forças com a parte contrária, não se pode atribuir ao réu excessivo ônus ou permitir que suporte

²⁹⁵ MORAES, A. C. F. B. de. *Op. cit.*

²⁹⁶ GOMES JUNIOR, L. M.; OLIVEIRA, R. A. de. *Op. cit.*, p. 51.

²⁹⁷ TESHEINER, Jose Maria Rosa. *Responsabilidade civil do estado nas ações coletivas*.

²⁹⁸ TESHEINER, J. M. R. *Ação Civil Pública – Projeto de Lei 5.139/2009 – Medidas de urgência desconstituídas – Irrepetibilidade da multa e irresponsabilidade do demandante*.

²⁹⁹ TESHEINER, J. M. R. *Responsabilidade civil do estado nas ações coletivas*.

³⁰⁰ TESHEINER, J. M. R. *Ações coletivas e responsabilidade civil por danos decorrentes de tutela de urgência injusta*.

³⁰¹ AgRg no REsp 1278672 / MG, Segunda Turma, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, j. 13/12/2011; REsp 1252694/MG, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 16/06/2011; REsp 1011609/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/06/2009; AgRg no MS 11770/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 11/06/2008.

integralmente prejuízos processuais ilegítimos. Isso porque a imputação desses prejuízos ao réu, no caso de pessoa jurídica de direito privado, tem o condão de prejudicar igualmente, ou, por vezes, proporcionalmente mais, todas as demais pessoas que a ele são ligadas através de relações econômicas.

Em ações individuais, os efeitos do processo, em princípio, são mais limitados, ainda que eventualmente sejam atingidos terceiros que sequer participaram do processo. A abrangência das ações coletivas é nitidamente maior. Conforme se mencionou anteriormente, as ações coletivas possuem relevância social e adquirem, mesmo quando direitos individuais homogêneos estejam em discussão, caráter que transcende os interesses meramente individuais.

A nosso sentir, não se pode imputar ao réu os prejuízos que obteve em razão da efetivação de decisão judicial que pressupunha alguma irregularidade ou ilicitude em sua atuação, ou mesmo em decorrência do risco de sua atividade econômica, mas, depois de melhor instrução da causa, verificou-se inexistir ou não ter assumido tal risco.

Assim, seria adequado sempre haver pronunciamento a respeito do mérito das ações coletivas, evitando-se a prolação de sentenças terminativas. Analisadas as condições da ação no início do processo, e oportunizada sua correção se for o caso, tal matéria estaria preclusa ao juízo, nos termos do que propõe o art. 9º do Projeto de Lei 5139/10.

Revogada a antecipação de tutela concedida para proteção de direitos individuais homogêneos, a responsabilidade seria do Estado no caso de antecipação da tutela de ofício – em razão do §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988³⁰² –, ou ficaria a cargo de cada instituição legitimada a agir como autora de ação coletiva – nesses casos, quando não fosse possível ao titular do direito optar por efetivá-la ou não –, ou, ainda, seria suportada pelos indivíduos que intervieram no processo e solicitaram a antecipação da tutela – sem olvidar da consideração da natureza da prestação antecipada.³⁰³

³⁰² Com direito de regresso nos casos do art. 133, I, do Código de Processo Civil (dolo ou fraude), que traz disciplina especial para os casos em que o magistrado dá causa a perdas e danos.

³⁰³ Se for verba alimentar, por exemplo, não cabe devolução dos valores. STJ, AgRg no Ag 1428309 / MT, Quinta Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/04/2012; REsp 1252812 / RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07/02/2012.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

De acordo com o exposto ao longo deste trabalho, verifica-se que a antecipação de tutela para proteção de direitos individuais homogêneos é imperativa quando identificados os requisitos que autorizam sua concessão. Para tanto, utilizam-se as balizas do art. 84 do CDC, combinado com o art. 273 do CPC, e do art. 461-A do CPC.

Considerando os dispositivos que indicam as diretrizes a serem respeitadas, verifica-se que os requisitos para a antecipação de tutela em ações coletivas são os mesmos exigidos para as ações individuais. Nas ações coletivas, contudo, em razão de seu objeto, nitidamente mais abrangente do que nas ações individuais, identificamos uma alteração do nível de diligência necessária por parte do juiz.

Nessas ações se exige do magistrado uma “prudência qualificada”³⁰⁴ na análise e na efetivação da antecipação de tutela em razão da eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença e dos efeitos práticos produzidos na sociedade.

Por esse motivo, a diligência e a fundamentação exigidas do juiz recebem ainda maior relevo em função da própria natureza das ações coletivas e da particularidade dos direitos materiais envolvidos – não porque os requisitos da antecipação de tutela coletiva sejam diferentes da individual.

Pleiteada a antecipação dos efeitos da tutela final, seja pelo legitimado ativo coletivo, pelo indivíduo interveniente ou, ainda, concedida de ofício, deve-se prezar, além da atividade específica, sua efetivação através de provimentos mandamentais e executivos, a fim de evitar a propositura de execuções provisórias individuais, pois isso aumentaria o número de processos relativos à mesma matéria, o que as ações coletivas buscam evitar. De tal forma, pretende-se garantir à prestação jurisdicional a maior efetividade e celeridade possíveis para a concretização de direitos coletivos.

No caso de antecipação de tutela contrária ao Poder Público, além das limitações constantes do art. 1º da Lei 9.494/97, está autorizado o uso do expediente da suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme dispõem as leis 8.437/92, art. 4º, e 12.016/09,

³⁰⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues, *apud* MANCUSO, R. C. *Ação civil pública; em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, p. 100.

aplicando-se as máximas da ponderação e da razoabilidade na análise do pedido e da situação fática envolvida.³⁰⁵

A despeito de se defender a concessão de liminares através de decisões mandamentais e executivas, entende-se que, no caso de ações coletivas para proteção de direitos individuais homogêneos, o indivíduo a ser beneficiado deve manifestar, de algum modo, sua concordância com a efetivação da liminar concedida. Aparentemente, há contradição entre as ideias, mas elas se tornam absolutamente compatíveis, por exemplo, no caso de o juiz determinar ao réu que não cobre a CPMF de todos os indivíduos que assim requeiram.³⁰⁶

Ressalte-se que devem ser usados todos os instrumentos possíveis e adequados para facilitar o acesso à justiça para proteção dos direitos coletivos, mas isso não deve ser feito impondo-se ônus às atividades privadas que atuam dentro da legalidade.

A nosso ver, a necessidade de manifestação da vontade do indivíduo no momento de efetivação da antecipação da tutela não decorre, ao menos primordialmente, do respeito à autonomia da vontade do sujeito, valor de reconhecida importância.

O consentimento individual é indispensável nesses casos para se garantir ao réu o retorno ao *status quo ante* e a indenização por perdas e danos no caso de eventual revogação futura da liminar, evitando-se que em caso de improcedência da ação coletiva o réu tenha que arcar com prejuízos que ao final se mostraram indevidos ou que o legitimado ativo coletivo, não beneficiado pela antecipação de tutela, tenha de suportar tais ônus.

Dessa forma, o indivíduo se responsabiliza pela efetivação da antecipação da tutela e torna-se responsável, no caso de revogação ou perda da eficácia da liminar, por eventuais perdas e danos que o réu tenha sofrido, além de se respeitar, reflexamente, a autonomia da vontade.

³⁰⁵ VENTURI, E. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, p. 278.

³⁰⁶ ARAÚJO FILHO, L. P. da S. Tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 366.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão de Segurança. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 107, n. 413, p. 119-136, jan./jun. 2011.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 360, ano 98, p. 361-368, mar./abr. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143283/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em 21/06/2010.

_____. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142817/A_TUTELA_DE_DIREITOS_INDIVIDUAIS_HOMOGENEOS_E_AS_DEMANDAS_RESSARCITORIAS_EM_PECUNIA>. Acesso em 28/06/2011.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/153638/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda>. Acesso em 20/04/2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: _____. *Temas de Direito Processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173-181.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, (1997?).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. v. 4. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tutela antecipada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 103, p. 189-198. Jul./set. 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85)*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e Antecipações – Dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. In: Luiz Guilherme Marinoni (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 233-246.

_____. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 77, p. 224-235. Jan./mar. 1995.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental. In: Édis Milaré (coord.). *A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 383-414.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. v. 4. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. v. 5. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: José Carlos Barbosa Moreira (coord.) *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERNANDES, Iara de Toledo. Tutela de urgência na Ação Civil Pública. In: Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 350-361.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 136-143.

FERRAZ, Sergio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: Édis Milaré (coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 828-838.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. In: Édis Milaré (coord.). *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 329-351.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Antecipação da tutela nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo2_alexandre.pdf>. Acesso em 13/07/2012.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves de. O sistema da responsabilidade civil e os danos processuais nas ações coletivas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 863, ano 96, p. 36-56, set. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 206-229, jan./mar. 1993.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LACERDA, Galeno. Tutela antecipatória e tutela interdita. In: José Carlos Barbosa Moreira (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 183-188.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. Efectividad del proceso colectivo: el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica y el derecho brasileño. In: Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 157-173.

_____. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: Luis Guilherme Marinoni (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 134-141.

MAJO, Adolfo di. Tutela (diritto Privato). In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè Editore, 1992, p. 360-389.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*. 4. ed. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A tutela específica do consumidor*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 12/08/2012.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Processo de conhecimento*. v. 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. *Curso de Processo Civil – Execução*. v. 3. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: Édis Milaré (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33-57.

_____. Associações e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114-135.

MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de. *Breves considerações sobre a tutela antecipada no processo coletivo*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_ana.pdf> Acesso em 10/06/2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Escritório Arruda Alvim*. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 01/02/2012.

OLIVEIRA, Guilherme Botelho de. *Responsabilidade objetiva em decorrência da efetivação de medidas de urgência no projeto-lei 5139/09*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/176-artigos-nov-2009/5901-responsabilidade-objetiva-em-decorrencia-da-efetivacao-de-medidas-de-urgencia-no-projeto-lei-513909-reflexoes-ao-texto-do-prof-jose-maria-rosa-tesheiner>>. Acesso em: 15/07/2012.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

PACHECO, Claudio Meneses. Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 175, p. 244-277, set. 2009.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Bruno Campos. As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental. Tutela antecipada e cautelar. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: ADCOAS, v. 26, p. 3689-3712, jul./ago. 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: José Carlos Barbosa Moreira (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 261-268.

_____. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 748, ano 87, p. 32-46, fev. 1998.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Do processo cautelar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer: e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação Civil Pública – Projeto de Lei 5.139/2009 – Medidas de urgência desconstituídas – Irrepetibilidade da multa e irresponsabilidade do demandante*. Disponível em <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/184-artigos-mar-2009/5632-acao-civil-publica-projeto-de-lei-51392009-medidas-de-urgencia-desconstituídas-irrepetibilidade-da-multa-e-irresponsabilidade-do-demandante>>. Acesso em 16/07/2012.

_____. *Responsabilidade civil do Estado nas ações coletivas*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/ponto-e-contraponto/694-responsabilidade-civil-do-estado-nas-acoes-coletivas>>. Acesso em: 15/07/2012.

_____. *Ações coletivas e responsabilidade civil por danos decorrentes de tutela de urgência injusta*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/ponto-e-contraponto/695-acoes-coletivas-e-responsabilidade-civil-por-danos-decorrentes-de-tutela-de-urgencia-injusta>>. Acesso em: 15/07/2012.

_____; ROCHA, Raquel Heck Mariano. Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 180, p. 9-41, fev. 2010.

_____; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direitos indisponíveis e legitimação do Ministério Público para as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária*. Disponível em <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/editoriais/doutrina/20-volume-1-numero-3-trimestre-01-04-2010-a-30-06-2010/97-direitos-indisponiveis-e-legitimacao-do-ministerio-publico-para-as-acoes-coletivas-relativas-a-direitos-individuais-homogeneos-de-natureza-previdenciaria>>. Acesso em 17/07/2012.

TESSLER, Luciane Gonçalves. O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. In: Luis Guilherme Marinoni (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 152-165.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: Édis Milaré (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 323-329.

VIGORITI, Vincenzo. *Class action e azione collettiva risarcitoria*. La legittimazione ad agire e altro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 160, p. 181-204, jun. 2008.

_____. Il rifiuto del processo civile. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 41-49, jul./set. 2000.

_____. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença. In: Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 364-391.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.